



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105017201800500-02

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO: Disolución, Liquidación y Cancelación del Registro Sindical de Subdirectivas Seccionales.

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia de primera instancia proferida el 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso sumario promovido por TRANSPORTADORA COMERCIAL COLOMBIA S.A.S. – TCC S.A.S. en contra de la organización sindical UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA junto con todas y cada una de las subdirectivas, no sin antes incorporar la documental que consta de folios 465 a 485 del plenario, asignándole el valor probatorio que en derecho corresponda las cuales se allegan a título meramente informativo al tratarse de providencias de tutela entre las partes aquí contendientes, proferidas con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

ANTECEDENTES

TCC S.A.S., instauró demanda especial contra la organización sindical UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – USTTC, subdirectivas Cali, Cartagena y Bogotá, para que, previos los trámites que le son propios a la naturaleza de este tipo de procesos, se declare y ordene la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical de dichas subdirectivas, ante su ilegalidad, dado que se constituyeron con menos de 25 trabajadores conforme lo exigen las normas legales y estatutarias de la USTTC, no obstante registraron para cada una de ellas 10 miembros con garantía foral (5 principales y 5 suplentes), en contravía de las normas legales y estatutarias; y las normas

legales y estatutarias, y en caso de no salir avante dicha pretensión, se declare la ineficacia de la creación de la unión sindical a la que se ha hecho referencia junto con sus respectivas subdirectivas. (Fol. 119-120)

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que el sindicato USTTC engañó al Ministerio del Trabajo registrando la elección de una junta directiva conformada por 10 miembros, 5 principales y 5 suplentes, en supuestas subdirectivas que realmente no lo son ya que no contaba con 25 afiliados, por lo que no puede ser válida la creación de las subdirectivas y la elección de 10 directivos; la subdirectiva de Cartagena el 1° de septiembre de 2017 notificó de la elección de la junta directiva creada con tan sólo 22 afiliados, mientras que la subdirectiva de Cali se creó el 14 de junio de 2015 con 18 afiliados y la de Bogotá con 21 trabajadores, inventándose así fueros sindicales inexistentes. (Folios 121-124)

CONTESTACIÓN POR PARTE DEL SINDICATO

Notificada en legal forma la organización sindical, dio contestación en término con escritos de folios 170-187 y 295-311, el primero con precisión de la Subdirectiva de Bogotá y el otro respecto de las Subdirectivas de Cali y Cartagena, en donde se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos los negó en su mayoría y propuso la excepción previa de prescripción y de fondo la que denominó inexistencia de justa causa probada para la declaratoria de la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical de las subdirectivas de Cali, Cartagena y Bogotá de la organización sindical USTTC y falta de legítima por pasiva.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 27 de septiembre de 2019, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: 1°) declarar probada, de oficio, la excepción de cosa Juzgada y prescripción en relación con las subdirectivas de Bogotá y Cali respectivamente; 2°) declarar no probadas las tachas de sospecha propuestas a los testigos Alejandro Pérez Martínez, Carlos Echeverri Villa y Natalia Aldana Restrepo; 3°) absolver al sindicato de todas las pretensiones incoadas por la sociedad demandante; 4°) declarar que la Subdirectiva de Cartagena se encuentra incurso en causal de disolución por haberse constituido por un número inferior de miembros y tener en la actualidad un número inferior a veinticinco (25); 5°) ordenar, como consecuencia de lo anterior, la disolución y liquidación de la Subdirectiva de Cartagena de la USTCC; 6°) ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro Sindical de la Subdirectiva de Cartagena de la USTCC; 7°) condenar en costas a la demandante TCC SAS a favor de la Subdirectiva de Cali, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$250.000 M/cte; y 8°) condenar en costas a las Subdirectivas de Cartagena y Bogotá en favor de la demandante,

incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000 M/cte a cargo de cada una (fls 460-462)

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Frente a la decisión de primera instancia, los apoderados de la parte demandante y de la organización sindical interpusieron recursos de apelación, los cuales sustentaron así:

LA PARTE DEMANDANTE únicamente en cuanto a la declaratoria de la excepción de prescripción en favor de la Subdirectiva de Cali, por cuanto la constitución de dicha subdirectiva no se realizó con el lleno de los requisitos legales ya que se creó con un número inferior de 25 trabajadores y para el año 2015, cuando se le comunicó de la creación del mismo, la empresa partió de la buena fe y dio por hecho que la misma se había constituido en legal forma respetando el derecho de asociación, situación de la que se percató hasta el año 2018 cuando recurrió a un especialista para verificar si había sucedido el engaño al igual que con la Subdirectiva de Cartagena, no pudiéndose premiar un acto en el cual la Subdirectiva incurrió con el deber de buena fe abusando del derecho, buscando sólo satisfacer intereses personales, individuales.

LA PARTE DEMANDADA se mostró inconforme, de una parte, con la declaratoria de la excepción de cosa juzgada respecto de la Subdirectiva de Bogotá pues estima que con tal determinación se transgreden los derechos a la defensa y contradicción al no observarse que la sentencia del H. Tribunal no estaba en firme, encontrándose para el momento del fallo en revisión en sede de tutela por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia; así mismo, además de la falta de ejecutoria de dicha providencia, no existe identidad en los presupuestos de hecho y de derecho en relación con este proceso; y, en todo caso, quien está abusando del derecho es la parte actora ya que ¿cuántas veces puede demandar por los mismos hechos?, configurándose un “*nom bis in idem*”, por lo que lo procedente hubiese sido no aceptar el cuestionamiento y no fallar sobre el mismo. De otra parte, en lo que interesa a la orden de disolución y liquidación de la Subdirectiva de Cartagena con la cancelación en el registro sindical de su inscripción, solicita que se revisen los folios 401 y 402, ya que no se demostró cuántos miembros tenía esa Subdirectiva, violándose el principio de la autonomía del sindicato para autoregularse ya que en los estatutos (arts 3º y 14º) y en la ley (art 386 del CST) se establece la figura del quorum decisorio para sesionar, al consagrarse la posibilidad de la creación de seccionales por vía de la asamblea, por lo que cada seccional la constituye la mitad más uno del total de afiliados, sin que se requiera la comparecencia de todos los miembros, esto es, del 100%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia respecto a las Subdirectivas de Bogotá y Cartagena, no sí en cuanto a la Seccional de Cali frente a la cual declaró probada la excepción de prescripción, ya que en relación con la primera se configuró la cosa juzgada y tratándose de la de Cartagena, además de no acreditarse el número mínimo de afiliados tampoco se demostró que realmente todos ellos formaran parte del Sindicato de Industria o que siquiera desempeñaran el oficio que mencionaban (15 personas con contrato de trabajo de TCC, 5 personas dedicadas a la prestación del servicio especial Transturena y 7 taxistas). Últimamente, en cuanto a la excepción de prescripción en relación con la Subdirectiva de Cali no podía declararse atendiendo que la fecha a considerar no es la de la creación ilegal sino desde la constatación de ese hecho fraudulento.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De conformidad con el alcance de la apelación, corresponde a la Sala determinar si procede la declaratoria de la cancelación de la inscripción en el registro sindical del Ministerio del Trabajo de las subdirectivas de Cali, Cartagena y Bogotá de la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – USTTC, ante presuntas irregularidades al momento de su creación, con especial detenimiento en las excepciones de prescripción y cosa juzgada. Ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

No hay discusión acerca de la existencia de la Organización Sindical UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – USTTC. (Fol. 187-188)

DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SUBDIRECTIVAS DE CALI, BOGOTÁ Y CARTAGENA DE ORGANIZACIÓN SINDICAL USTTC

Afirma la parte actora que la causal de disolución y liquidación es la establecida en el literal d) del artículo 401 del CST., la cual en lo pertinente establece:

“Casos de disolución. Un sindicato o una federación o confederación de sindicatos solamente se disuelve:

a) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto;

b) Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes;

c) Por sentencia judicial, y

d) Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.

e) <Ordinal adicionado por el artículo 56 de la Ley 50 de 1990.> En el evento de que el sindicato, federación o confederación **se encontrare incurso en una de las causales de disolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar ante el juez laboral respectivo, la disolución y la liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical.** Al efecto se seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el artículo 52 <380 c.s.t> de esta ley.”¹(Negrilla fuera de texto)

¹ Sobre esta última causal, la H. Corte Constitucional en sentencia C-201 de 19 de marzo de 2002, indicó: “En primer lugar la Corte encuentra que la norma demandada no contradice la regla según la cual todos los trabajadores, salvo los miembros de la Fuerza Pública, tienen derecho a constituir la organización que estimen conveniente, así como el de afiliarse abstenerse de hacerlo y desafiliarse de la misma, sin intervención del Estado. Así pues, de ningún modo restringirse el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y, en caso de constituirse debidamente una organización sindical, goza de todas las garantías consagradas en la Carta Política y en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, sobre las cuales se ha hecho amplia referencia en esta sentencia. En segundo lugar, la disposición demandada no confiere al Ministerio de Trabajo la facultad de disolver un eventual sindicato que pudiera crearse dentro de dicha entidad, pues ésta es una función que corresponde exclusivamente al Juez Laboral, tal como lo dispone el artículo 39 de la Constitución Política, al consagrar que “la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial,” en concordancia con el artículo 4 del Convenio 87 de la O.I.T., según el cual “las organizaciones de trabajadores y empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”.

El artículo 401 del C.S.T. establece, en sus literales a), b), c) y d), diversas causales objetivas de disolución de los sindicatos, federaciones o confederaciones. Por su parte, el literal e), objeto de acusación parcial, establece que en el evento de que una de estas organizaciones se encuentre incurso en alguna de dichas causales, el Ministerio de Trabajo o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar ante el Juez Laboral respectivo, la disolución y liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical. Según lo anterior, la facultad que tiene el referido Ministerio, o quien demuestre interés jurídico, se limita a elevar ante el juez competente la solicitud de disolución, liquidación, y cancelación de la inscripción en el registro sindical de la organización que considere incurso en una de las causales allí previstas, solicitud que debe tramitarse de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 380 del C.S.T. En consecuencia, ni el Ministerio de Trabajo ni quien demuestre interés jurídico – incluyendo el respectivo empleador o empleadora de los trabajadores sindicalizados -se convierten en “juez y parte” cuando elevan una solicitud de disolución sindical ante el juez laboral, pues ninguno de ellos tienen la competencia para decidir sobre ese asunto. En ese orden de ideas, aplicando el símil propuesto por el demandante, dichos sujetos son simplemente “partes” dentro del proceso.

(...) Tampoco es de recibo el argumento según el cual el empleador de los trabajadores afiliados al sindicato debe estar impedido para elevar una solicitud al juez laboral en tal sentido, pues la finalidad de esta solicitud radica en hacerle conocer al juez competente, por medio de la demostración de hechos y circunstancias acreditados con las respectivas pruebas, que existan méritos para que se declare la disolución de un sindicato, por estar incurso en una de dichas causales. En ese sentido, el empleador, quien

norma de la que es dable concluir que la organización sindical UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA - USTTC y sus subdirectivas bien pueden ser disueltas y liquidadas solamente en el evento de encontrarse incursas en alguna de las causales de disolución allí referidas.

Aclarado lo anterior, con el fin de dar solución a todos y cada uno de los reproches planteados por las partes en sus recursos, resulta necesario acudir en primer término al ordenamiento que regula a las DIRECTIVAS SECCIONALES.

Del CST:

“ARTICULO. DIRECTIVAS SECCIONALES. <391-1. Artículo adicionado por el artículo 55 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros. Igualmente se podrá prever la creación de Comités Seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros. *No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio.*²

ARTICULO 391. ELECCION DE DIRECTIVAS.1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La elección de directivas sindicales se hará por votación secreta, en papeleta escrita y aplicando el sistema de cuociente electoral para asegurar la representación de las minorías, so pena de nulidad. 2. <Numeral modificado por el artículo 54 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La junta directiva, una vez instalada, procederá a elegir sus dignatarios. En todo caso, el cargo de fiscal del sindicato corresponderá a la fracción mayoritaria de las minoritarias.³ **2.** <Numeral modificado por el artículo 54 de la

tiene un conocimiento cercano de esos factores, no podría verse inhabilitado para solicitar al juez la declaratoria de disolución del sindicato.

(...) En conclusión, la expresión “el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre interés jurídico” contenida en el literal e) del artículo 401 del C.S.T. será declarada inexecutable, por las razones expuestas por el Ministerio Público y que la Corte acoge.” (Negrilla fuera de texto)

² Artículo adicionado 'al Capítulo VI del Título I Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo', por el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, publicada en el Diario oficial No 39.618 de 1991. Apartes en letra itálica declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-043-06](#) de 1 de febrero de 2006, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Declara estarse a lo resuelto respecto a los apartes subrayados declarados exequibles por la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 115. Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. [115](#) del 26 de septiembre de 1991, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín G.

³ La Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-466-08, mediante Sentencia [C-695-08](#) de 9 de julio de 2008 y C-467-08 del 14 de mayo de 2008. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería. Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE y aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-466-08](#) de 14 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería.

Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La junta directiva, una vez instalada, procederá a elegir sus dignatarios. En todo caso, el cargo de fiscal del sindicato corresponderá a la fracción mayoritaria de las minoritarias.⁴

ARTICULO 362. ESTATUTOS. <Artículo modificado por el artículo 42 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Toda organización sindical tiene el derecho de realizar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos. Dichos estatutos contendrán, por lo menos, lo siguiente:

1. La denominación del sindicato y su domicilio.
2. Su objeto.
3. <Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Condiciones de admisión.
4. Obligaciones y derechos de los asociados.
5. Número, denominación, período y funciones de los miembros de la directiva central y de las seccionales en su caso; modo de integrarlas o elegir las, reglamento de sus reuniones y causales y procedimientos de remoción.
6. Organización de las comisiones reglamentarias y accidentales.
7. Cuantía y periodicidad de las cuotas ordinarias y su forma de pago.
8. Procedimiento para decretar y cobrar cuotas extraordinarias.
9. Sanciones disciplinarias y motivos y procedimiento de expulsión, con audiencia, en todo caso, de los inculcados.
10. Épocas de celebración de asambleas generales ordinarias y de asambleas de delegatarios, en su caso; reglamento de las sesiones, quórum, debates y votaciones.
11. Reglas para la administración de los bienes y fondos sindicales, para la expedición y ejecución de los presupuestos y presentación de balances y expedición de finiquitos.
12. Normas para la liquidación del sindicato.

ARTICULO 386. QUORUM DE LA ASAMBLEA. Ninguna asamblea general puede actuar válidamente sin el quórum estatutario, que no será inferior a la mitad más uno (1) de los afiliados; además, solamente se computarán los votos de los socios presentes.⁵

DE LOS ESTATUTOS DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL USSTC (Fls. 61-85)

ARTÍCULO 14°. Son atribuciones privativas e indelegables de la Asamblea General Nacional o Convención Nacional de Delegados:

(...)

Q.) La creación de Seccionales de acuerdo con estos Estatutos, Comités Seccionales y Comités de Trabajo.

⁴ El aparte subrayado “[e]n todo caso, el cargo de fiscal del sindicato corresponderá a la fracción mayoritaria de las minoritarias” declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-471-20](#) de 5 de noviembre de 2020, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo. La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este numeral por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia [C-467-08](#) de 14 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería.

⁵ Artículo declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-674-08](#) de 2 de julio de 2008, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

(...)”

ARTÍCULO 32°. El sindicato por intermedio de su Asamblea General Nacional podrá crear seccionales en todo el territorio nacional de conformidad con el artículo tercero de estos estatutos y previo el lleno de los siguientes requisitos.

- a) Que el número de afiliados en cada Municipio, Area Metropolitana o Departamento sea de veinticinco (25) o más.
- b) Que se sujeten al cumplimiento total de los presentes Estatutos.

ARTICULO 33° . Cada Seccional tendrá una Asamblea General Seccional que la Constituirá la mitad más uno del total de los afiliados al sindicato en dicha seccional”

ARTÍCULO 35° . Son funciones de las Asambleas Generales Seccionales:

(...)

B) Elegir los miembros de las Juntas Directivas Seccionales.

(...)”

ARTICULO 36°. La elección de la Junta Directiva de cada Seccional se hará cumpliendo los mismos requisitos establecidos para la elección de la Junta Directiva Nacional, en todo caso, el cargo del Fiscal corresponderá a la fracción mayoritaria entre las minoritarias.”.

Del ordenamiento en cita se tiene que el legislador, en lo que respecta a la posibilidad de todos los sindicatos de creación de Subdirectivas en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros, les otorgó amplias facultades para que reglamentaran esa creación en sus Estatutos, circunstancia esta última que en efecto hizo la organización aquí demandada cuando expresamente señaló en los mismos que sería de competencia de la “**ASAMBLEA GENERAL NACIONAL**” la creación de las Seccionales, mientras que la “**ELECCIÓN DE SU JUNTA DIRECTIVA**”, esto es, de tales Seccionales, se haría cumpliendo los mismos requisitos establecidos para la elección de la Junta Directiva Nacional, que para el caso que nos ocupa sería a través del Quorum mayoritario de la Asamblea de cada Seccional.

Así las cosas, advirtiendo la Sala que el objeto de este proceso sumario lo constituye la validez en sí misma de la creación de las Subdirectivas Seccionales de Cali, Bogotá y Cartagena de la organización sindical USSTC, forzoso se muestra pronunciarnos, por separado, respecto de cada una de ellas.

DE LA SECCIONAL DE BOGOTÁ Y DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.

Corresponde a esta Corporación establecer en primer lugar, si había o no lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada de cara al pronunciamiento realizado por la jurisdicción ordinaria laboral al interior del proceso sumario radicado bajo el No. 2018-00548 01 cuyo conocimiento correspondió en segunda instancia a la Sala Segunda Laboral de este Tribunal Superior de Bogotá (fls 423-431) y por la jurisdicción constitucional dentro de la acción de tutela con radicación No. STL10780-2019 cuyo conocimiento correspondió en primera instancia a la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (fls. 465-478), en la que se procuraba dejar sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal ordenándole dictar una nueva, para luego sí entrar a determinar si hay lugar a un estudio de fondo.

Sobre el particular, observa este Colegiado que dentro del proceso sumario que cursó ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá cuya sentencia absolutoria fue apelada y, en segunda instancia, revocada para en su lugar “*DECLARAR la nulidad del acta de fundación de LA SUBDIRECTIVA BOGOTÁ DE LA UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE TRANSPORTE EN COLOMBIA USTTC, por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley; ORDENAR la liquidación y disolución de LA SUBDIRECTIVA BOGOTÁ DE LA UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE TRANSPORTE EN COLOMBIA USTTC*”, frente a lo pretendido en esta actuación la razón está del lado del Juez primigenio, ya que evidentemente confluyen aquí los elementos para que se configure la cosa juzgada.

En efecto, sabido es que para que opere la institución jurídico procesal de la cosa juzgada se requiere de tres identidades, a saber: identidad de objeto, identidad de causa e identidad de partes, constituyendo las dos primeras lo que se ha denominado límites objetivos de la cosa juzgada y la última, límites subjetivos.

El requisito de identidad de sujetos o partes hace relación a que la cosa juzgada debe tener efectos relativos, es decir, limitados a las partes y excluyendo a los terceros, el que es evidente en autos, toda vez que las partes contendientes, en el *sub-lite*, figuran como las mismas del sumario No. 11001310501220180054801.

De otra parte, la identidad de objeto hace relación al bien o cosa corporal o incorporal, ya sea de género o especie o estado de hecho, por lo que en la demanda es la pretensión, y la identidad de causa (causa petendi) hace relación con la razón de la pretensión que se ejerce en el proceso, o sea, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio o razón que invoca el demandante al formular la pretensión de la demanda; estos dos últimos que también se verifican en el *sub examine* en la medida que lo que

principalmente perseguía la presentación del sumario No. 11001310501220180054801 era obtener, vía judicial la “cancelación del registro sindical de la Subdirectiva de Bogotá del sindicato Unión Sindical de Trabajadores del Transporte en Colombia – USTTC, previa declaratoria que los trabajadores que conformaron el sindicato USTTC violaron la ley...”, entre otras solicitudes.

En este orden de ideas, como quiera que las pretensiones de este proceso también estaban encausadas a que se declarara la disolución de la Subdirectiva de Bogotá al no encontrarse reunidos los requisitos de ley para su creación, lo cual ya se dispuso en el anterior proceso sumario, imponía acertadamente la declaratoria de la excepción de cosa juzgada, la que de ningún modo se ve afectada por la acción de tutela interpuesta por la organización sindical contra esa providencia, por la potísima razón que contra la decisión del Tribunal no cabía ningún recurso al tenor de lo dispuesto en el literal g) del numeral 2. del Artículo 380 del CST., encontrándose por tanto en firme, siendo que en todo caso que finalmente ninguno de los jueces constitucionales amparó los derechos incoados por el Sindicato accionante (fls. 465 a 485).

Mal puede entonces aducir la organización demandada que con tal declaratoria de cosa juzgada se transgreden los derechos a la defensa y contradicción, cuando ningún estudio de fondo se realizó, justamente, con el fin de evitar una decisión contraria a la seguridad jurídica, al punto de encontrarse prohibido a los funcionarios judiciales, a las partes y, eventualmente, a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio, por lo que cuando se presentan varias demandas que en el fondo reúnen los requisitos de identidad antes estudiados, como aquí aconteció, lo procedente es la declaratoria de la dicha excepción, debiéndose confirmar la decisión apelada en este aspecto.

Al tema, la propia Corte Constitucional ha precisado que “*La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.*”, de ahí que tales efectos “*se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación*”, por tanto “*La fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes plasmaron la litis como parte o intervinientes dentro del proceso, es decir, produce efecto Inter partes.*”⁶

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-100 del 6 de marzo de 2019 M.P Dr. Alberto Rojas Ríos.

DE LAS SECCIONALES DE CALI Y CARTAGENA Y LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Pues bien, en cuanto interesa a la Seccional de Cali, de folios 201 a 203 obra *“Acta No. 01 de Asamblea General de la Seccional de Cali del Sindicato USTTC”* de fecha 14 de junio de 2015, en la que se lee que el secretario encargado de dicha Asamblea *“procedió a llamar a lista contestando 18 afiliados de los 32 trabajadores afiliados en Cali, una vez constatado que si hay quórum se procede a presentar el siguiente orden del día.”*; del mismo modo, a folio 204 consta el listado de los 18 participantes en la asamblea en la que se escogió la junta directiva de esa Seccional vista de folios 205 a 208; de folios 210 a 219 milita certificación expedida por la Analista de Relaciones Laborales de TCC ALTERTRAC S.A.S en la que relaciona los nombres de los trabajadores de esa sociedad afiliados a la organización sindical a los que les efectuó los descuentos de la cuota sindical en el mes de junio 2015, correspondiendo para la Regional del Valle del Cauca a un total de 26 empleados; adicionalmente, con el *“formato de creación de registro de creación y primera junta directiva de una Subdirectiva o Comité Seccional”* que reposa de folios 220 a 222 se tiene por acreditado que junto con dicho formato se acompañó otro listado denominado *“inscripción de afiliados a la nueva organización sindical”* en el que figuran un total de 24 afiliados; y finalmente, de folios 223 a 255 se observan 27 solicitudes de afiliación en Valle del Cauca que dan cuenta de su diligenciamiento para el mes de enero de 2015.

Elenco probatorio del que resulta evidente que la creación de la aludida Subdirectiva no se realizó bajo los parámetros establecidos en la ley y los estatutos sindicales, habida consideración que ninguna participación de la **“ASAMBLEA GENERAL NACIONAL”** se observó en tal actuación, en la que simplemente 18 afiliados de la organización sindical decidieron reunirse el 14 de junio de 2015 y, además de **“crear”** la Subdirectiva de Cali, **“eligieron a sus dignatarios”**, todo ello en claro desconocimiento que una cosa era el acto de creación de la Subdirectiva Seccional y otra muy distinta el acto de elección de su Junta Directiva.

Lo anterior porque para el caso bajo estudio, la organización Sindical, pese a haber consignado de manera clara y expresa en sus Estatutos -en acatamiento de lo previsto en la ley-, que la creación de la Subdirectivas Seccionales estaría a cargo de la Asamblea General Nacional, no demostró en el curso de esta actuación tal ocurrencia, y si ello es así, por supuesto que la creación de la aludida Subdirectiva Seccional Cali no cuenta con ningún respaldo legal.

En este punto conveniente es precisar que para la creación de la Subdirectiva Seccional ni siquiera era indispensable la presencia de la Asamblea General Nacional en pleno, toda vez que a voces del artículo 386 del CST bastaba con que tuviera Quorum.

Así las cosas, para el caso de autos, la elección de la Junta Directiva Seccional de Cali sólo era posible con posterioridad a la creación en debida forma de ésta, no obstante, dado que ello no ocurrió, sin lugar a dudas el debate dirigido a verificar si debieron ser 25 o 18 afiliados en esa ciudad los llamados a estar presentes el día 14 de junio de 2015, resulta irrelevante, en la medida que tal información únicamente era trascendental a efectos de constatar si había Quorum de la Asamblea General Seccional para la elección, según lo señalado en el literal B) del Artículo 35° de los Estatutos, más no para efectos de su creación, sobre todo cuando no es materia de discusión que los afiliados en dicha municipalidad superaban los 25.

En consecuencia, deberá revocarse el ordinal TERCERO de la sentencia apelada en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra -al considerar que se había configurado la causal de disolución contemplada en el literal d) del artículo 401 del CST, sin embargo, había operado el fenómeno jurídico de la prescripción-, para en su lugar declarar que la creación de la Subdirectiva Seccional Cali de USTTC, se realizó sin el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, lo que conduce indefectiblemente a que por esta vía judicial se declare la nulidad del acta de fundación de tal Subdirectiva, por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley; y con ella se ordene la consecuente cancelación de su inscripción en el registro sindical así como su disolución y liquidación, configurándose así la causal establecida en el literal c) del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 39 de la Constitución Política de Colombia, así como el artículo 4° del Convenio No. 87 de la OIT, ratificado por la Ley 26 de 1976⁷.

Acorde con lo expuesto, la excepción de prescripción propuesta por la demandada es a todas luces improcedente por la potísima razón que no estamos en presencia de una obligación, crédito o derecho en cabeza del “solicitante” de este proceso que por tanto pudiera prescribir, no pudiéndose confundir la posibilidad que la ley le otorga al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el empleador o a quien demuestre tener interés jurídico de elevar dicha “solicitud”, con el hecho de que una vez verificada la ocurrencia de cualquiera de los casos de disolución distintos al contemplado en el literal b) del artículo 401 del CST, se deba acudir a una decisión judicial que así lo declare. Dicho de otra manera, no se pueden

⁷ “**ARTICULO 2:** los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de aliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de la misma.

ARTICULO 3: las organizaciones de trabajo y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. (...)

ARTICULO 4: las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.”.

asimilar las causales de disolución del sindicato en su estructura, contenido y efectos frente al instituto jurídico de la prescripción que cuenta con una clara aplicación y efectos (Arts 488 del CST y 151 del CPTYSS)⁸. Y es que aun si en gracia de discusión se considerara que lo anhelado por la promotora de esta actuación no es una “solicitud” sino una verdadera pretensión, dado su carácter declarativo tampoco prescribiría, tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1688-2019, radicación n.º 68838 del 8 de mayo de 2019 M. P Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo, cuando en lo pertinente puntualizó:

“En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

En torno al punto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL 8397, 5 jul. 1996, reiterada en CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347, 6 sep. 2012 y CSJ SL12715-2014, sostuvo que *«la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción»*. De acuerdo con dicha providencia no es *«aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependen consecuencias legales»*.

Ahora bien, en lo que interesa a la Subdirectiva Seccional de Cartagena, las reflexiones en precedencia son totalmente aplicables en lo concerniente a su creación y elección de directivas, de modo que deberá modificarse el ordinal CUARTO de la sentencia apelada que declaró que la misma estaba incurso en disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical pero por causa distinta a la aquí establecida. Ello es así porque al igual que la Subdirectiva de Cali, su creación no estuvo precedida por el aval de la “ASAMBLEA GENERAL NACIONAL”, sino que simplemente 15 de los afiliados en la municipalidad de Cartagena de

⁸ En materia laboral, el término de prescripción pretende dotar de seguridad la vida jurídica de los trabajadores al brindarle *“la oportunidad para reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero ponen a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.”* (C. Const. Sentencia C-072 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa).

Indias, decidieron reunirse el día 26 de agosto de 2017 y, además de **“crear”** tal seccional, **“eligieron a sus dignatarios”**, todo ello en contravía de los estatutos de la organización sindical a la que pertenecen, en particular de los artículos 14° literal Q), 32°, 33° y 35° literal B), que establecen expresamente que la única facultada para la creación de una Subdirectiva Seccional es la **“ASAMBLEA GENERAL NACIONAL”**, por lo que convocar una asamblea seccional para su propia constitución -como aquí sucedió- no tiene ningún asidero legal, menos cuando la elección de su junta directiva se hizo con los asistentes a dicha creación.

Ciertamente, con la documental que reposa de folios 258 a 269 se halla demostrado que mediante *“Acta de Asamblea General de la Seccional Cartagena del Sindicato USTTC”* de fecha 26 de agosto de 2017, el secretario encargado de dicha Asamblea *“procedió a llamar a lista contestando 16 afiliados de los 27 socios con que contaba esa seccional, verificando con esto Quórum para funcionar y decidir”*; del mismo modo, a folio 262 consta el listado de 15 participantes en la asamblea en la que se escogió la junta directiva de esa Seccional vista a folio 263; de folios 209, 212 y 219 milita certificación expedida por la Analista de Relaciones Laborales de TCC ALTERTRAC S.A.S en la que relaciona los nombres de los trabajadores de esa sociedad afiliados a la organización sindical a los que les efectuó los descuentos de la cuota sindical en el mes de junio 2015, correspondiendo para la Regional de Bolívar a un total de 9 empleados; así mismo, con el *“formato de creación de registro de creación y primera junta directiva de una Subdirectiva o Comité Seccional”* que reposa de folios 266 a 269 se tiene por acreditado que junto con dicho formato se acompañó otro listado denominado *“inscripción de afiliados a la nueva organización sindical”* en el que figuran un total de 22 afiliados.

COSTAS

Atendiendo el resultado desfavorable del recurso de apelación interpuesto por la organización sindical, en esta instancia correrán a cargo de la misma y en favor de la sociedad demandante. Las costas de primera instancia impuestas a la parte actora en favor de la Seccional de Cali se revocan ante la prosperidad de su solicitud y la no prescripción.

Bajo los lineamientos antepuestos se impone revocar los ordinales **TERCERO** y **SÉPTIMO** de la sentencia apelada en cuanto dispusieron absolver a la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – USTTC- SUBDIRECTIVA CALI de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante TCC SAS y condenó en costas a dicha empresa en favor de esa Subdirectiva, para en su lugar: **“DECLARAR** la nulidad del acta de creación de la Subdirectiva Seccional Cali de USTTC, al realizarse sin el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, y en consecuencia por esta vía judicial, debiéndose **ORDENAR** la cancelación de su inscripción en el registro sindical así como

su disolución y liquidación”. Igualmente, se modifica el ordinal **CUARTO** de la aludida sentencia, en cuanto indicó que la causal de disolución lo era “*por haberse constituido por un número inferior de miembros y tener en la actualidad un número inferior a veinticinco (25)*”, para en su lugar precisar que lo fue porque la creación de la Subdirectiva Seccional Cartagena de USTTC, se realizó sin el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, y por tanto es nula, debiéndose confirmar en todo lo demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales **TERCERO** y **SÉPTIMO** de la sentencia apelada en cuanto dispusieron absolver a la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE EN COLOMBIA – USTTC-SUBDIRECTIVA CALI de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante TCC SAS y condenó en costas a dicha empresa en favor de esa Subdirectiva, para en su lugar: “**DECLARAR** la nulidad del acta de creación de la Subdirectiva Seccional Cali de USTTC, al realizarse sin el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, y en consecuencia por esta vía judicial, debiéndose **ORDENAR** la cancelación de su inscripción en el registro sindical así como su disolución y liquidación; **ABSOLVIENDO** a la parte actora de las costas impuestas por el A Quo, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal **CUARTO** de la aludida sentencia, en cuanto indicó que la causal de disolución lo era “*por haberse constituido por un número inferior de miembros y tener en la actualidad un número inferior a veinticinco (25)*”, para en su lugar precisar que lo fue porque la creación de la Subdirectiva Seccional Cartagena de USTTC, se realizó sin el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, y por tanto es nula, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la parte demandada organización sindical USTTC. Inclúyanse en ellas como agencias en derecho la suma total de \$3.000.000, esto es, \$1.000.000 a cargo de cada una de las Subdirectivas Seccionales de Cali, Bogotá y Cartagena. Las de primera instancia a cargo exclusivo de la organización sindical demandada y en favor de la sociedad solicitante.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

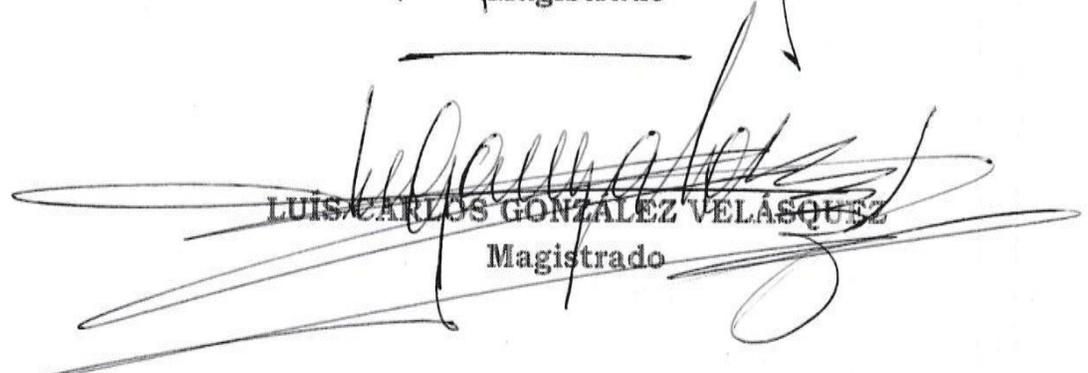
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA
TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105005201800682-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos el apoderado de la parte demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CLARA INÉS CASTAÑEDA CORREDOR** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. JHON FERNEY PATIÑO HERNANDEZ en los términos y para los efectos de los poderes de folios 8-12.

ANTECEDENTES

CLARA INES CASTAÑEDA CORREDOR, pretende que se declare la nulidad o ineficacia el traslado realizado del RPMPD al RAIS ya que no estuvo precedido de un consentimiento informado y que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al RPMPD en cabeza de COLPENSIONES, y como consecuencia, se ordene la totalidad del traslado de lo aportado en el RAIS al RPMPD; lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 24 de noviembre de 1959, antes del 1 de abril de 1994 había cotizado 282 semanas

sumados los tiempos entre ambos regímenes tiene un total de 1200 semanas cotizadas, en 1998 firmó formulario de traslado con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, en el momento del traslado le informaron que no importaba la edad ni el tiempo de cotización para adquirir una pensión y que el ISS se iba acabar, pero no le mencionaron que tener un núcleo familiar y posibles beneficiarios disminuye el valor de la mesada pensional en el RAIS a diferencia del RPMPD, que la expectativa de vida en el RAIS es diferente entre hombres y mujeres así hayan cotizado el mismo capital y/o número de semanas el valor de la mesada pensional es inferior a la de un hombre, tampoco le informaron sobre el derecho de retracto, entre otros aspectos, en 1999 se afilió a PROTECCIÓN S.A incurriendo en las mismas omisiones que la AFP COLPATRIA, de haber entendido los riesgos que asumía al trasladarse de régimen no habría tomado la decisión de firmar el formulario, razón por la cual ha elevados solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndoles negadas, en el RPMPD aspira a pensión el doble del valor que la que ofrece el RAIS. (fls 60-66vto)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad de la actora, el IBC para el año 1998 y 1999, las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas a la AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de la validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fls 78-188).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, (fls 94-118).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe; prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo. (fls 165-175).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de julio de 2020 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la nulidad de traslado del RPMPD al RAIS realizado por CLARA INÉS CASTAÑEDA CORREDOR a través de COLPATRIA PENSIONES Y

CESANTÍAS hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ordenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que trasladé a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y, costas a cargo únicamente de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. en la suma de 4 salarios mínimos como agencias en derecho a cargo de cada una de las AFP.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de ambas partes interpusieron recursos de apelación conforme a los siguientes argumentos:

DEMANDANTE: para que se revoque parcialmente la sentencia proferida ya que al tornarse nulo o ineficaz el traslado sería un enriquecimiento sin causa por parte de las administradoras, tanto de PORVENIR S.A como de PROTECCIÓN S.A que ellos tengan derecho a quedarse con los gastos de administración pues ellos no cumplieron con ninguna de sus obligaciones legales.

COLPENSIONES: para que se revoque de manera integral la sentencia pues que no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento que llevará a cabo la declaratoria de nulidad de traslado de régimen puesto que de las pruebas allegadas y el interrogatorio de parte dado por la demandante se entiende que la misma fue por voluntad propia cuando suscribió y firmó formulario de afiliación, así mismo se ratifica la decisión al permanecer dentro del RAIS y al trasladarse dentro del mismo, cabe resaltar que ya se encuentra inmersa en la prohibición del art. 2 de la ley 797 de 2003 por cuanto ya cuenta con la edad requerida para pensionarse, ahora bien resulta más beneficiosos en este momento permanecer dentro del RAIS ya que la misma no cuenta con las 1300 semanas requeridas para el RPMPD, no obstante pues si bien puede seguir cotizando estaría vulnerando el principio de la sostenibilidad financiera.

PORVENIR S.A., para que se revoque integralmente el fallo de primera instancia toda vez que fue un acto válido el traslado en la medida en que la demandante suscribió la solicitud de vinculación de manera libre, voluntaria y sin presiones tal como consta al imponer su firma en el formulario de afiliación el cual reúne los requisitos del art 13 de la ley 100/1993, asimismo el asesor de PORVENIR S.A suministró la información pertinente y la asesoría completa de modo verbal donde manifestó las características ventajas y desventajas del RAIS y en especial bajo la pérdida del régimen de transición a fin de que pudiera tomar la decisión que considerara más conveniente, en cuanto a la condena en costas solicita que se absuelva pues no existen presupuestos de hecho ni de derecho en contra de PORVENIR S.A pues actuó de buena fe, con rectitud y transparencia ante las solicitudes presentadas por la parte actora conforme a lo dispuesto en la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insiste en que no se acceda a las pretensiones de la demandante puesto que no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento que efectuara la nulidad del traslado, además de ello que las proyecciones pensionales son similares por lo que la mejora sería muy mínima pero si afectaría al régimen porque esta pensión estaría financiada con los aportes de las personas que han contribuido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 20 años sana la nulidad del traslado de régimen,, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si los fondos PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A están obligados a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación a ellos realizada; y **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala

de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**”.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la***

comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 176 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLPATRIA S.A hoy PORVENIR S.A diligenciado el 6 de marzo de 1998, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 177, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que a través de talento humano le dieron el formulario del traslado de regímenes pensionales por medio de un asesor que llegó a la entidad sin ninguna información clara, oportuna, precisa que tuvieran en ese momento, si leyó el formulario y lo firmó, hace 3 años se enteró que tenía una doble asesoría en donde se enteró el valor de su mesada pensional, ella no investigó por cuenta propia porque estaba confiando en la AFP.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLPATRIA hoy PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora CLARA INÉS CASTAÑEDA CORREDOR asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del

artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A 6 de marzo de 1998 con efectividad a partir del 1° de mayo de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS por más de 20 años no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la falta de condena por la devolución de gastos de administración, debe ser adicionado el ordinal segundo de la sentencia apelada, conforme lo solicita la parte actora, ante su evidente procedencia, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y

comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales,

de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida el día 8 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CLARA INÉS CASTAÑEDA CORREDOR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, en el entendido que dentro de los emolumentos que allí se ordenan transferir a COLPENSIONES, también deben incluirse los gastos de administración conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

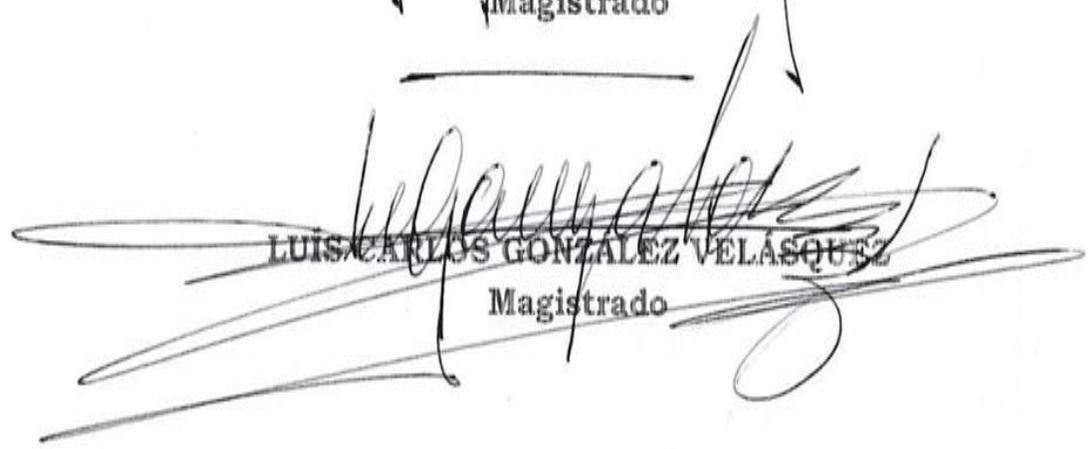
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105029201900522-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de junio de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **RODOLFO CASTRO MONCADA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA** y como apoderada sustituta a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 149 vto a 152.

ANTECEDENTES

RODOLFO CASTRO MONCADA, pretende que se declare que existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación No. 632012 con la AFP COLFONDOS S.A por medio de la cual se efectuó el traslado de régimen pensional el 18 de mayo de 1995, por lo que es nulo dicho acto e ineficaz el traslado al RAIS, debiéndose entender que para efectos pensionales nunca

dejó de estar afiliado al RPMPD y, en consecuencia, se condene a la AFP COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentren en su cuenta individual, con los rendimientos financieros y el valor del bono de pensiones, entidad esta última quien deberá recibirlos; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 26 de abril de 1961, cotizó 480 semanas en el RPMPD hasta junio de 1995, en mayo de 1995 los asesores de COLFONDOS -con autorización del empleador- realizaron una reunión masiva en la empresa que laboraba exponiendo únicamente los beneficios que adquirirían al trasladarse al régimen pensional RAIS, omitiendo información sobre las características del RAIS, posibilidades de pensionarse, como se causa la pensión de vejez, una proyección de pensiones para determinar si era conveniente realizar el traslado y si existía la posibilidad de pensionarse en cada uno de los regímenes, siendo que para el momento de firmar el formulario de vinculación a la AFP COLFONDOS su consentimiento no era informado, además dicho fondo no le realizó asesoría pensional antes de cumplir 52 años (antes del 26 de abril de 2013), en el RAIS tiene ahorrado \$395.289.82500, para el 12 de abril de 2019 acredita un total de 1.599 de semanas cotizadas con aportes hasta el 31 de marzo de 2019, fue engañado porque se le hizo creer que la mesada pensional en el RAIS era mejor que la RPMD, el 28 de junio de 2019 solicitó a COLFONDOS que le suministrara copia de la información al momento de la afiliación y el 5 de julio de 2019 solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPMPD, peticiones que le fueron resueltas negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a esas entidades y las peticiones elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica (fls 103-107)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica (fls 120-132)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de junio de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante ante COLFONDOS S.A el 18 de mayo de 1995 y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; Ordenar a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de ésta providencia; Ordenar a COLPENSIONES recibir de COLFONDOS S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de demandante, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral; sin condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante solicita la confirmación de la sentencia pues las demandadas no probaron haber suministrado la información necesaria para realizar el traslado de régimen pensional conforme a la extensa línea jurisprudencial, eso es, una asesoría profesional basada en el buen consejo y el principio de transparencia. Por su parte COLPENSIONES insistió en la improcedencia del traslado solicitado toda vez que el traslado de régimen se llevó de manera libre y voluntaria, no observándose ningún vicio en el consentimiento, además no se configuran los presupuestos de hecho para declarar la nulidad, no pudiéndose imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento vigente al momento del traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consultaalzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y en caso negativo si es procedente la reliquidación de su pensión en el RAIS. .

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación

consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando

analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa a folio 4 formulario de afiliación a COLFONDOS diligenciado el 18 de mayo de 1995, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte del representante legal de COLFONDOS S.A quien precisó no tener ninguna información respecto de

la afiliación del usuario dejando claro que si el demandante quería realizar el traslado de régimen de prima media el mismo no se opondría al traslado.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al promotor de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor RODOLFO CASTRO MONCADA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 18 de mayo de 1995 con efectividad el 01 de junio de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

En la misma orientación, resulta acertada la orden de trasladar los valores que COLFONDOS S.A hubiere recibido en la medida que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. La absolución de primera instancia se confirma

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de junio de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por RODOLFO CASTRO MONCADA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

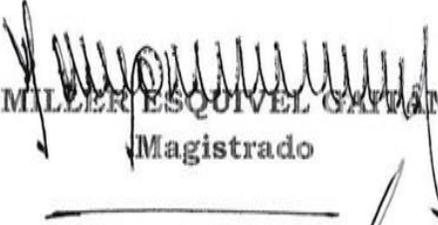
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. La absolución de primera instancia se confirma.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

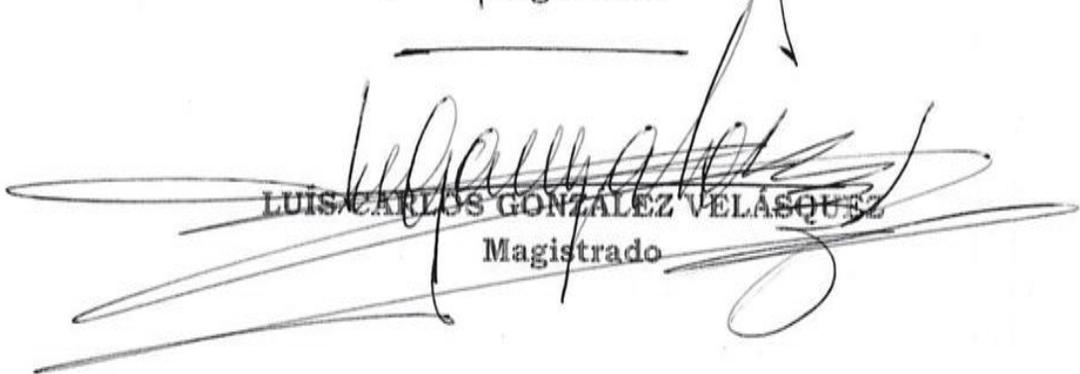
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105035201900441-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA JOSÉ JANNAUT PEÑA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y como apoderada sustituta a la Dra. LEIDY CARLINA FUENTES SUAREZ en los términos y para los efectos del poder conferido que milita a folios 9 y ss.

ANTECEDENTES

MARIA JOSÉ JANNAUT PEÑA, pretende que se declare que COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS por conducto de sus promotores o asesores o financial planners la convencieron en la etapa precontractual previa a la afiliación y durante la vigencia de la afiliación, que el valor de la pensión que obtendría en el RAIS sería muy significativamente superior al que obtendría en el RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES;

induciéndola en error de hecho al momento de otorgar su consentimiento para afiliarse al fondo de pensiones de la realidad económica del producto y servicio ofrecido a ella, en particular considerando la cuantía estimada de pensión de vejez, sin asesorarla antes de cumplir la edad de 47 años, en el sentido de recomendarle trasladarse al RPMPD administrado por COLPENSIONES, induciéndola a dejar transcurrir el término legal para tomar la decisión de trasladarse, dando con tal actuar lugar a declarar la nulidad de la afiliación al RAIS; y como consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD sin solución de continuidad mediante el envío a COLPENSIONES de la totalidad de los recursos correspondientes a los aportes efectuados al RAIS y sus rendimientos; se ordene a COLPENSIONES incorporarla a la base de datos de los afiliados, en condición de afiliada al RPMPD recibiendo para tal fin la totalidad de los aportes y sus rendimientos remitidos por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS con destino al fondo común administrado por esa entidad y procediendo a incorporar en la historia laboral la totalidad de semanas cotizadas al sistema general de pensiones; lo que resulte ultra y extra petita; costas y agencia en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 8 de mayo de 1965, cotizó un total de 1.345.71 semanas al RPMPD y al RAIS 1.027.71 semanas, se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A desde 1997, donde permanece actualmente afiliada, quien para obtener su consentimiento le informó que la pensión de vejez en esa administradora sería de cuantía similar al IBC y en todo caso superior al de COLPENSIONES con base en una proyección actuarial realizada en el computador del asesor, desde la fecha afiliación hasta el mes de febrero de 2019 no existió ningún tipo de asesoría sobre la implicación de los parámetros de cálculo de la pensión de vejez en uno u otro régimen, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS no la asesoró, ni le recomendó de manera oportuna trasladarse al RPMPD dentro de la oportunidad legal prevista, suministrando información técnica mediante la correspondiente proyección pensional, razón por la cual ha elevado solicitud de nulidad de traslado a COLPENSIONES siéndole negada. (Fls 2-36 Reforma 137)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, el número de semanas cotizadas, la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad junto con sus respuestas.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado,

prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios indexación, compensación y la genérica. (fls 92-102 Contestación reforma 149-151)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación de la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (fls 113-134 contestación reforma 152-).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de julio de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de vinculación efectuada por la señora MARÍA JOSÉ JANNAUT PEÑA al RAIS y como consecuencia de ello, ordenó a la AFP COLFONDOS S.A a la que se encuentra afiliada actualmente a trasladar a la COLPENSIONES todos los aportes efectuados junto con sus rendimientos, condenó a la AFP COLFONDOS S.A, a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, condenó a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la demandante al RPMPD y a recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a COLFONDOS S.A, condenó en costas a esta última entidad señalando como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación COLFONDOS Y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con fundamento en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES: Teniendo en cuenta que al declarar la ineficacia del traslado (art 1604 del C.C), desconoció otras normas del mismo estatuto que establecen obligaciones en relación con la demandante por ser de tipo contractual (Decreto 2241/2010) obligaciones que la misma no cumplió a cabalidad, de ahí que aceptar el retorno al RPMPD afectaría el derecho ya consolidado de las personas que se encuentran afiliadas al RPMPD pues no se tiene un cálculo, una proyección que permita conocer cuáles serían las mesadas pensionales a las que tendría derecho y así evitar la descapitalización del sistema pensional; adicionalmente no acreditó la prueba del perjuicio ocasionado (art 167 del C.G.P) y lo que obra a folio 41 es una proyección de las posibles mesadas a las que tendría derecho, decidiendo permanecer en el RAIS.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS: por no estar de acuerdo con el ordinal segundo de la sentencia en cuanto a asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital respecto de los gastos de administración ya que el art 104 de la ley 100/1993 regula el cobro de dichas comisiones, por lo que no comparte la decisión del despacho de ordenar la devolución de rendimientos de los cuales se ha beneficiado en la medida que sin dichas cotizaciones, en el RPMPD no hubiese sido posible que se beneficiara de tales rendimientos

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia ya que COLFONDOS S.A no aportó ninguna prueba sobre la información brindada, sin que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación sea suficiente, invirtiéndose la carga de la prueba a su favor. Por su parte, COLPENSIONES insistió en que se revoque la sentencia ya que no se logró acreditar ningún vicio del consentimiento que diera lugar a la nulidad del traslado y, en caso de no acogerse tales argumentos se condicione a la AFP a la devolución de la totalidad de aportes de la demandada a COLPENSIONES

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si su interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS está obligada a la devolución de gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, y **iiii)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta la estabilidad financiera de dicha entidad, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso

derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten

que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 136 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 15 de abril de 1997, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que en el momento que la persona que representaba a COLFONDOS S.A se acercó al trabajo y por primera vez recibió asesoría respecto a pensión y su recomendación fue trasladarnos porque en esta AFP iban a tener un pensión muy cercana al 90% de la mesada a la que fueran cotizando al momento de llegar a la edad de la pensión vejez, es decir que su pensión sería superior en el RAIS que en el RPMPD y por la poca seguridad del ISS en ese momento, y decidió trasladarse en base de esa decisión, ella no tuvo una asesoría previa en el ISS, después del traslado en una asesoría personal le tomaron unos datos y le hicieron un cálculo de la mesada siendo muy bueno para ella lo que le ofrecían en la AFP pero no le realizaron un cuadro comparativo entre los regímenes, no ha realizado aportes voluntarios.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIA JOSÉ JANNAUT PEÑA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la

aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionarle a la demandante, huelga precisar que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 15 de abril de 1997 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora bien, contrario a lo sostenido por la censura, la nulidad declara sí trae como consecuencia las órdenes y condenas impuestas en la sentencia recurrida, en particular la de *“trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros y **gastos de administración** pertenecientes al demandante incluido el bono pensional que se encuentra en el poder de la AFP”*, en la medida que, como lo ha

sostenido la Máxima Corporación Laboral, “si la *ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).”*

La anterior reflexión por tanto conduce a desestimar los puntos de apelación del fondo demandado. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada

del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de

administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Resaltado propio de la Sala)

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Ante el resultado desfavorable de los recursos de apelación es del caso imponer costas en esta instancia a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por MARÍA JOSÉ JANNAUT PEÑA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes COLPENSIONES Y CESANTÍAS S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

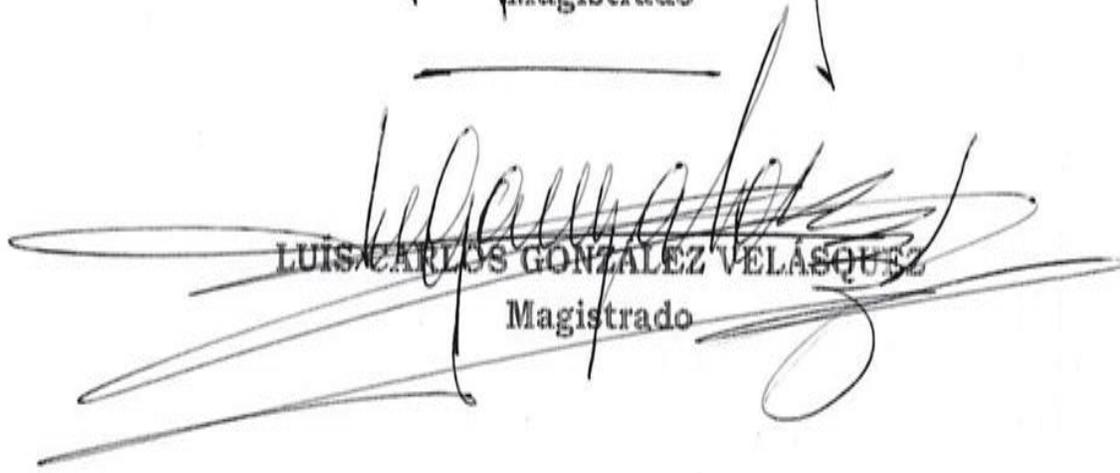
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105035201900417-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado del RPMPD al RAIS

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de junio de 2020 por el Juzgado treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA NOHEMY ARÉVALO MARTÍNEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. Leidy Carolina Fuentes Suarez en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a folios 237-241; así mismo se reconoce personería a la Dra. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL como apoderada de PORVENIR S.A conforme el poder de folios 246-252.

ANTECEDENTES

MARTHA NOHEMY AREVALO MARTINEZ, pretende que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RAIS a través de PORVENIR S.A., que todas las afiliaciones posteriores carecen de validez jurídica y que

nunca dejó de pertenecer al RPMPD; ordenando a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, entidad que deberá activar su afiliación con el registro correspondiente en el sistema SSIAFP, y reconocerle su mesada pensional una vez acredite los requisitos, lo que resulte ultra y extra petita y al pago de las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 2 de diciembre de 1962; se afilió al RAIS el 21 de septiembre de 2002; para fecha de la afiliación al RAIS había cumplido 40 años de edad; a la fecha de la afiliación al RAIS había cotizado más de 426 semanas; se encuentra calificada como víctima del conflicto armado y es madre cabeza de familia; en la fecha que se afiliación a PORVENIR AFP omitió efectuar los cálculos, financieros, actuariales y matemáticos, que aun cuando efectuara cotizaciones sobre topes salariales, su mesada pensional nunca iba a ser más favorable que el otorgado por el RPM; el RAIS nunca le informó que su afiliación le implicaría la disminución de mesada pensional en más de un 70% que la otorgada por el ISS de forma vitalicia como tampoco cuál era su capital aproximado; ni le liquidó el bono pensional; no siendo libre, y voluntaria su afiliación, actualmente tiene 1235 semanas y se encuentra afiliada en PORVENIR S.A., y contrato una asesoría particular. (fls 2-13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, y la solicitud realizada a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES con sus respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (Fls 99-103)

PORVENIR S.A propuso las excepciones denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Fls 134-155)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar nulo el traslado efectuado por la demandante al RAIS y como consecuencia de ello se ordena a PORVENIR S.A a la que se encuentra afiliada actualmente, a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso, asumir

con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración; condenar a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la demandante al RPMPD y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PORVENIR S.A., condenar en costas a PORVENIR S.A incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000; sin costas a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones conforme a los siguientes argumentos:

COLPENSIONES: Porque la demandante realizó el traslado a PORVENIR el 21 de septiembre de 2002 firmando el formulario con lo cual aceptó las condiciones y los beneficios ofrecidos por ese Fondo, además que se encuentra dentro de la prohibición legal de retornar al RPMPD, permaneciendo más de diecisiete años allí para asesorarse, siendo que COLPENSIONES no estuvo ni antes, ni durante, ni después de la afiliación del contrato solemne entre las partes, sin que la demandante probara la desinformación y algún perjuicio.

PORVENIR S.A: En la medida que no hubo una examinación de fondo del formulario el cual fue aceptado por la demandante cuando lo firmó, conociendo en ese momento las condiciones del RAIS, no encontrándose vigente para ese entonces el deber de buen consejo, sin que haya lugar a la condena por gastos de administración sino que únicamente la restitución mutua comprende los aportes y la rentabilidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES insisten en que se revoque el fallo de primera instancia, ya que con las pruebas allegadas se evidencia la validez de la afiliación al RAIS al suscribirse de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario, no habiendo lugar al pago de los gastos de administración y sumas previsionales puesto que la AFP ya ha pagado esas sumas en seguros que está obligada a contratar, es decir que estas cantidades de dinero ya no están en el poder de PORVENIR S.A. A su vez la parte actora solicitó la confirmación de la decisión en primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la demandante se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMD., y **iv)** si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación realizada; lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y

*un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester

*determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 156 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PORVENIR S.A., diligenciado el 28 de agosto de 2002 con efectividad a partir del 1° de octubre de 2002, lo que también se corrobora con el certificado expedido por ASOFONDOS (fl 159), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARTHA NOHEMY AREVALO MARTINEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación

definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, dando lugar, inclusive a la devolución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 28 de agosto de 2002 con efectividad a partir del 1° de octubre de 2002 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de

hecho sobre la calidad del objeto.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en

ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengarán entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media

con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Últimamente, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD, independientemente del tiempo de su permanencia en el RAIS.

Así las cosas resultan suficientes las anteriores reflexiones para confirmar la sentencia apelada.

Costas en las instancias a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, dado el resultado desfavorable de sus recursos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

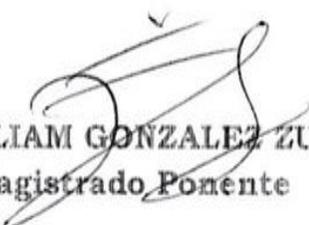
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por MARTHA NOHEMY ARÉVALO MARTÍNEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A Fíjense como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

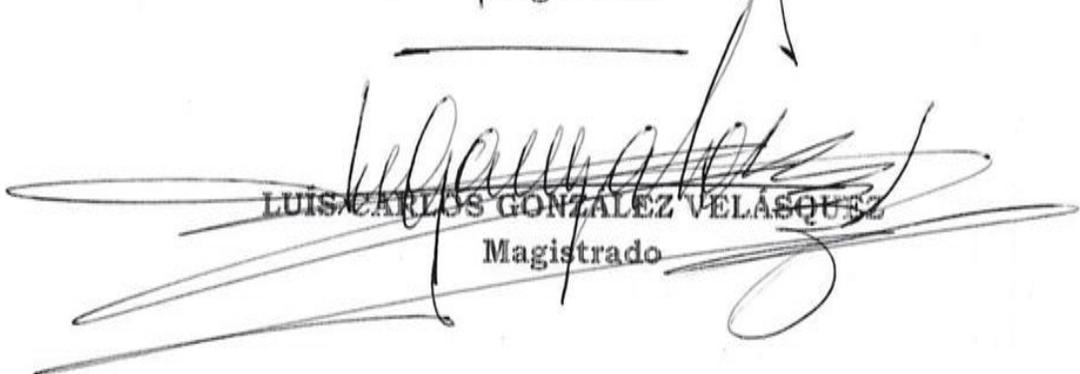
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105005201900367-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **MAURICIO BELMONTE LEÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado sustituto de PORVENIR S.A al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS como apoderado de PORVENIR, en los términos del poder obrante a folio 9. Así mismo, se reconoce personería a la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. JHON FERNEY PATIÑO HERNANDEZ en los términos y para los efectos de los poderes de folios 13-17.

ANTECEDENTES

MAURICIO BELMONTE LEÓN, pretende que se declare la nulidad de las vinculaciones al RAIS efectuadas por la A.F.P PORVENIR S.A para abril de 1996 y agosto de 2009 y por la A.F.P OLD MUTUAL en enero de 2006 por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento, que se declare que nunca ha efectuado un traslado valido al RAIS y que legalmente se encuentra afiliado a COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A a registrar al sistema de información que no se efectuó ninguna vinculación validada dichas a administradoras por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio del consentimiento, condenar a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación, asimismo a actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS, se ordene a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 13 de junio de 1958, desde el 28 de marzo de 1977 al 27 de diciembre de 1987 laboró en distintas empresas cotizando durante ese tiempo a la caja prevision social de Bogotá, luego desde el 28 de diciembre de 1987 al 30 de abril de 1996 cotizó al ISS un total de 399.14 semanas, al momento del traslado contaba con 879 semanas cotizadas entre el ISS y la caja previsión social de Bogotá, en 1996 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A y en 2005 se trasladó de manera horizontal a OLD MUTUAL S.A, al momento de estos traslado no le informaron las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, tampoco lo ilustraron sobre los distintos escenarios comparativos de pensión entre los regímenes, conocían el número de semanas cotizadas que tenía, en agosto de 2009 retorna a la A.F.P PORVENIR S.A, no recibió asesoría completa y comprensible sobre sobre las diferentes alternativas para la elección del régimen pensional, contrata por cuenta propia una asesoría particular y se da cuenta que ha sido engañado por la A.F.P PORVENIR S.A, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndole negadas. (fls 1-34)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actor, su historia laboral, el total de semanas cotizadas, sus afiliaciones a las AFP, las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, ratificación de la decisión de permanecer en el RAIS- traslado de PORVENIR S.A a OLD

MUTUAL S.A (confesión de la parte demandante), falta de legitimación de la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica (fls 114-127).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, buena fe, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor y la genérica. (Fls 136-146).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls 197-220).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de julio de 2020 el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS realizado por el señor MAURICIO BELMONTE LEÓN a través de PORVENIR S.A, ordenó a esta última entidad a que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas, costas a cargo de OLD MUTUAL S.A., y PORVENIR S.A. Incluyendo como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a cargo de cada una de estas demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones conforme a los siguientes argumentos:

COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la actora realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria no existiendo vicios del consentimiento, sino lo que se evidencio fue un error de derecho y este no vicia el consentimiento; tampoco estaba inmerso en una prohibición legal, asimismo al permanecer en el RAIS subsanó cualquier error o vicio que se haya determinado por el despacho pues acepto las condiciones mismas que contiene el régimen, no se puede dejar de lado que indicó que se sintió engañado por PORVENIR S.A pero luego hizo un traslado a OLD MUTUAL S.A y luego retorno a PORVENIR S.A por lo que es incongruente lo manifestado por el demandante, en ese orden de ideas debió haber probado dentro del proceso cualquier vicio este no

fue probado, ahora bien cuando el contrato suscrito solo debe acarrear consecuencias jurídicas entre las partes y no debe sufrir ninguna consecuencia OLD MUTUAL S.A, finalmente en el RPMPD se estaría vulnerando la sostenibilidad financiera del régimen pensional toda vez que al recibirlo estaría descapitalizando el fondo común.

PORVENIR S.A., considerando que no existe tal cosa de un error de hecho toda vez que el demandante desde el inicio era consciente de que lo que estaba haciendo y el objeto del contrato era el traslado precisamente al régimen pensional con la forma de administración de los recursos más no en relación con una garantía de una mesada pensional de hecho véase que la condiciones y características del régimen su diferencia de financiación y sus esquemas de proyecciones económicos han sido analizados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional encontrando que tanto el uno como el otro son constitucionalmente viables, asimismo debe tenerse en cuenta que se aceptara un error de hecho lo cierto es que el mismo sería saneable, por último, tener en cuenta la información otorgada por parte del demandante en el interrogatorio de parte y así mismo la convalidación que había realizado a través de sus traslados horizontales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES, insisten en que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que las pruebas allegadas evidencian la validez a la afiliación al RAIS al suscribirse de manera voluntaria, consciente y sin presiones. De igual manera PORVENIR solicita que si se confirma el fallo que no se condene en gastos de administración y sumas previsionales porque esto resulta improcedente puesto que la AFP ya ha pagado esas sumas en seguros que está obligada a contratar, es decir que estas cantidades de dinero ya no están en el poder de PORVENIR.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)**, si el interrogatorio de parte o fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la permanencia en el RAIS y el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en

virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.***
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y

comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del

afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 221 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 8 de marzo de 1996, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 225, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al no haber consignado en dicho formulario todos los datos necesarios para suministrar la información adecuada al actor, pues pese a no diligenciar que se trataba de un traslado de régimen administrado por el ISS.

221

Porvenir		SOLICITUD DE VINCULACION		FECHA SOLICITUD		NUMERO	
VINCULACION FACIL		TRABAJADOR ANTERIOR		CUIDADO		Bogotá	
TRABAJADOR DE APP		ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR					
TRABAJADOR DE REGIMEN							
INFORMACION DEL TRABAJADOR							
TIPO DE TRABAJADOR		NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD		C.C.C.C.E. NACIONALIDAD		FECHA DE NACIMIENTO	
DEPENDIENTE <input checked="" type="checkbox"/> INDEPENDIENTE <input type="checkbox"/>		19.292.111		X COLOMBIANO		30 06 13	
PRIMER APELLIDO		SEGUNDO APELLIDO		PRIMER NOMBRE		SEGUNDO NOMBRE	
BELMONTE		LEON		MAURICIO			
DIRECCION DE RESIDENCIA		CIUDAD		DEPARTAMENTO		TELEFONO	
TRANS. 102AF152A-44 APD 424		BOGOTÁ		CUNDINAMARCA		6821990	
DIRECCION DONDE TRABAJA		CIUDAD		DEPARTAMENTO		TELEFONO EXT.	
CL 22 # 6-27 piso 7º		BOGOTÁ		CUNDINAMARCA		2845940	
APARTADO AEREO		ENVIO		LUGAR DONDE TRABAJA		APARTADO AEREO	
28010		CORRESPONDENCIA				<input checked="" type="checkbox"/>	
HA COTIZADO MAS DE 90 DIAS EN ESTE O CUALQUIER		RESIDENCIA		LUGAR DONDE TRABAJA		TIEMPO TOTAL COTIZADO	
NO <input type="checkbox"/> SI <input checked="" type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>			
EN CASO AFIRMATIVO IDENTIFIQUE EN CUAL ENTIDAD		CUAL		CUAL		AÑOS 18 MESES	
CUAL MUNICIPAL		CUAL		OTRA		CUAL	
INFORMACION VEHICULO LABORAL ACTUAL							

Omisión en la veracidad de la información que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación de la demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, contrario a lo manifestado por la censura en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que en el año 96 donde trabajaba la A.F.P PORVENIR S.A le dio una charla de 40 minutos a 100 personas, allí le informaron que el

ISS se iba a acabar y que existían los fondos para que se trasladaran, en esa época había mucha desconfianza hacia el ISS y PORVENIR S.A le dijo que era muy seguro y que iban a tener una buena pensión y era respaldada por el fondo financiero, no verificó la información que le suministraron; el diligenció en el formulario sus datos personales y la asesora de la AFP lo terminó de llenar, luego se trasladó a OLD MUTUAL S.A porque su empleador se lo exigía, no le informaron en el momento del traslado que tenía cuenta de ahorro individual, inició este proceso porque se sintió engañado porque no le informaron adecuadamente sobre la decisión que estaba tomando, si recibió extractos de parte de PORVENIR S.A.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor MAURICIO BELMONTE LEÓN asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 8 de marzo de 1996 con efectividad a partir del 1 de mayo de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Así mismo, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por MAURICIO BELMONTE LEÓN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

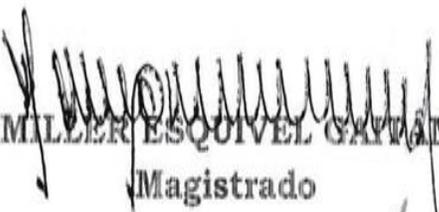
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000 a cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

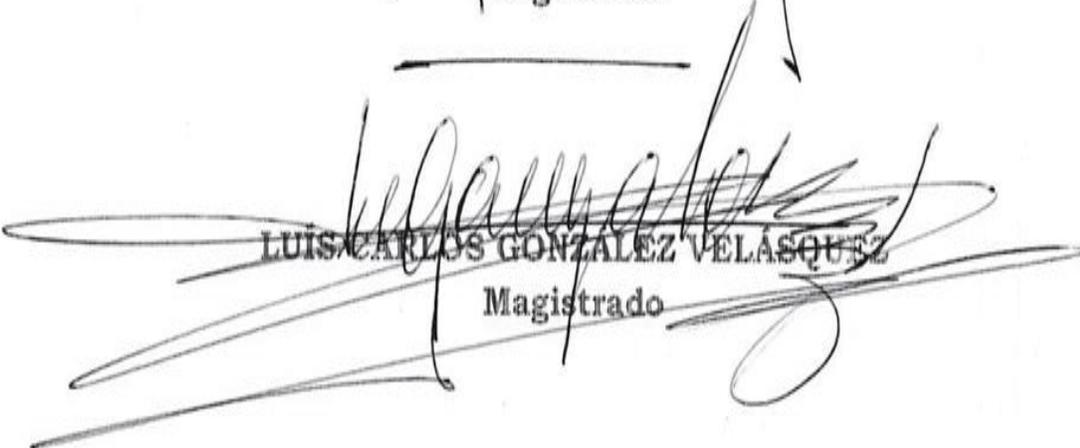
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105036201700259-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A., COLPENSIONES Y OLD MUTUAL S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA HELENA SALAZAR BELTRAN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de PORVENIR S.A al Dr. ANDRES FELIPE CHAVEZ ALVARADO conforme poder folios 7-14.

ANTECEDENTES

MARIA HELENA SALAZAR BELTRAN, pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado del RPMPD al RAIS y que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada en el RPMPD administrada por COLPENSIONES; y como consecuencia, se ordene el

traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPMPD, lo que resulte ultra y extra petita, costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 2 de marzo de 1960, cotizó al RPMPD desde el 14 de julio de 1987 al 21 de agosto de 1999, el 1 de septiembre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A, luego se trasladó de manera horizontal a las AFP PROTECCIÓN y OLD MUTUAL S.A donde actualmente se encuentra vinculada, acreditando un total 1.505 semanas cotizadas, el traslado de régimen no fue una decisión informada, autónoma y consciente ya que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional, las AFP les correspondía documentar de forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siendoles negadas, en una proyección realizada por OLD MUTUAL S.A informa que en el RAIS su mesada pensional sería de \$4.017.000 y en el RPMPD equivale a \$11.413.000 para el año 2017. (Fls 4- 12 sub 89 VTO)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, sus afiliaciones al RPMPD y al RAIS, las semanas cotizadas, y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas y la proyección realizada por OLD MUTUAL S.A.

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 103-125)

OLD MUTUAL S.A: propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 132-144)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la genérica (fls 195-206)

PROTECCIÓN S.A: propuso las siguientes excepciones: inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio del consentimiento,

saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al RPMPD y la genérica. (Fls 225-232VTO)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de junio de 2020, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARÍA ELENA SALAZAR BELTRÁN, el 1° de septiembre de 1999, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; condenar a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro; declarar no probada la excepción de prescripción; y, condenar en costas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en la suma de \$900.000 a título de agencias en derecho, distribuido a prorrata.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones conforme a los siguientes argumentos:

COLPENSIONES, teniendo en cuenta que el demandante no es un beneficiario del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima pensional por lo que en este asunto no es análogo a los estudiados por la Corte Suprema de Justicia en sentencias que pretenda recoger el despacho; asimismo la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS pues suscribió formulario de afiliación con las AFP demandadas, además en los interrogatorios de parte manifestó que eligió libremente y sin presiones dicho régimen porque les ofrecían ventajas que no evidenciaban en el RPMPD, aceptaron que al momento del traslado recibieron asesoría por parte de los promotores de las AFP hecho con el cual quedó debidamente acreditado el deber de información pues para la fecha del traslado la obligación de los fondos solo era la de brindar información; ahora bien no es dable la manifestación que hace el despacho al indicar que en los presentes asuntos por tratarse de procesos en los que se persiguen la declaratoria de ineficacia del traslado no se aplican estos eventos de la prohibición del art 2 de la Ley 797 del año 2003 o la prescripción de la acción laboral pues la aplicación del mencionado artículo tiene alcance constitucional ya que el mismo garantiza el principio de sostenibilidad

financiera del sistema el cual se está viendo afectado al declarar la nulidad del traslado.

OLD MUTUAL S.A., por cuanto los gastos de administración no fueron solicitados dentro del escrito de la demanda y tampoco se anunció dentro de la fijación del litigio luego el resolver en virtud de las facultades ultra y extra petita que señala la norma también deben estar dentro de los lineamientos señalados por la misma normatividad vigente, ello en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción que le asiste a cada una de las partes, dicha condena genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, asimismo, la prima del seguro previsional que también está dentro del término general gastos de administración pues es importante señalar que este concepto ya no está dentro de las arcas de la administradora, por último, OLD MUTUAL S.A es un tercero de buena fe, luego no puede sancionarse por una actuación de la que no fue parte.

PORVENIR S.A., frente a la condena en costas y agencias en derechos en contra de PORVENIR S.A no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico porque en el momento en que se realizó el traslado cumplió con los requisitos de información que se encontraban vigentes, de tal manera que pudiera ella tomar una decisión informada para trasladarse de régimen situación que quedó claramente validada por la suscripción sin presión y libre de cualquier apremio con la firma del formulario de afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES insisten en que se revoque el fallo de primera instancia, pues las pruebas allegadas evidencian la validez de la afiliación al RAIS al suscribirse de manera voluntaria, consciente y sin presiones, precisando PORVENIR S.A la improcedencia de la condena por gastos de administración y sumas previsionales ya que la AFP ha pagado esas sumas en seguros que está obligada a contratar, es decir que estas cantidades de dinero ya no están en su poder. Últimamente, la señora MARÍA HELENA SALAZAR BELTRÁN solicita que se confirme la decisión en primera instancia ratificando que la afiliación fue ineficaz y reiterando el traslado al régimen RPMPD.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario de régimen de transición y contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si OLD MUTUAL S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **vii)** si había o no lugar a condenar al pago de las costas y agencias en derecho. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No.

31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real

consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde

al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 23 obra la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 16 de julio de 1999 con fecha de efectividad del 1° de agosto del mismo año, lo cual se constata igualmente con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS obrante a folio 238, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta; e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de su traslado al RAIS manifestó que un asesor la abordó en su oficina básicamente le presentó el concepto de los fondos privados de pensión de manera general, en ese momento ella se encontraba afiliada al ISS le comento que era el modelo que iba a primar en adelante, había una incertidumbre sobre cuánto tiempo iba a durar el ISS, le informo que tenía una similitudes con respecto al RPMPD que iba a tener una mesada pensional igual o mejor, que las ventajas que tenía el RAIS era que al ser un ahorro pensional era heredable le pareció algo muy bueno, luego de la presentación ella le dijo que estaba interesada y llenaron el formulario de afiliación, firmó y se realizó el traslado. Sus traslados horizontales se hicieron básicamente por la solidez de la compañía y por la rentabilidad de los fondos. Ella pensó que no tenía otra opción que seguir en el RAIS no sabía que podía retornar al RPMPD.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIA HELENA SALAZAR BELTRAN asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las

condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 16 de julio de 1999 con efectividad a partir del 1 de agosto del mismo se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que en el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentra impresas manifestaciones como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (SL 19447-2017).

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como

quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su

oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Costas de esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado del recurso. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 24 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por MARIA HELENA SALAZAR BELTRAN en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

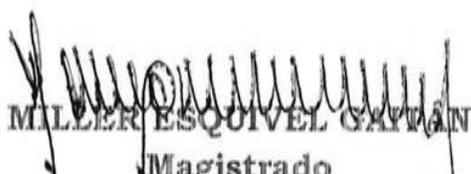
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

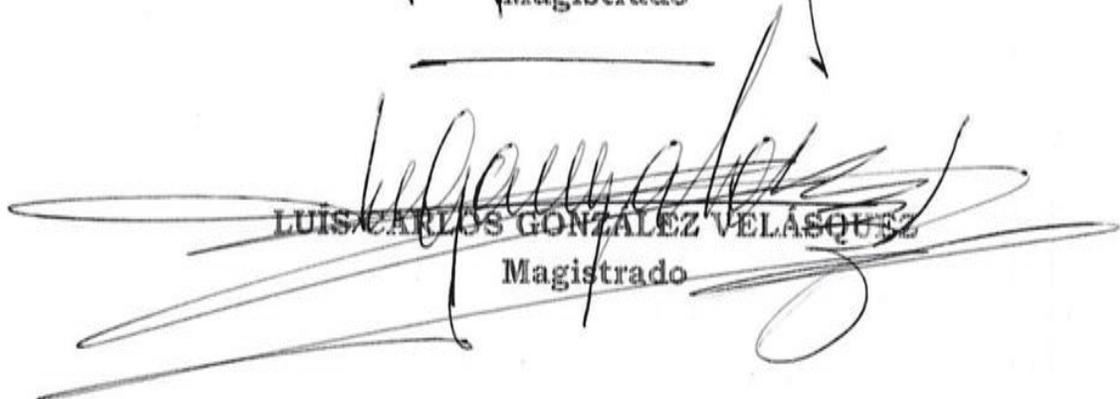
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105012201800335-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado del RPMPD al RAIS.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **VÍCTOR JULIO CARDOZO CARDOZO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de PORVENIR S.A al Dr. Andrés Felipe Chavés Alvarado conforme escritura pública de folios 138 a 144., y de igual manera se reconocerá como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora María Camila Bedoya García y como apoderada sustituta a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes conforme los poderes de folios 149 vto a 152.

ANTECEDENTES

VÍCTOR JULIO CARDOZO CARDOZO, pretende que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente al no conocer los riesgos de traslado y las consecuencias negativas que tendría; y en

consecuencia, se condene a PORVENIR S.A a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos que posee en la cuenta individual a COLPENSIONES, entidad esta última que debe aceptar y recibir el traslado, así como reconocer, liquidar y pagar de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, lo que resulte probado ultra y extra petita; y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 9 de abril de 1960; se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES el 15 de mayo de 1979; se trasladó del ISS a PORVENIR S.A., el 1° de septiembre de 1994, el fondo privado no le brindó información adecuada y completa para proceder al cambio del RPMPD al RAIS, sino únicamente se mencionaron las ventajas sin precisar las consecuencias del mismo; el 5 de febrero de 2018 solicitó a COLPENSIONES copia del expediente administrativo autentico así como la nulidad de traslado de AFP y la reactivación de la afiliación de mi procurada al régimen de prima media desde la fecha del traslado; y solicitó a PORVENIR S.A., copia de los documentos en los que constara la afiliación la historia laboral con los aportes realizados, la información suministrada al momento de su afiliación, la realización de una proyección del monto de la mesada pensional; el 8 de febrero de 2018 COLPENSIONES expidió un CD con la historia laboral y soportes de la solicitud elevada y el 14 de febrero de 2018 PORVENIR S.A respondió el derecho de petición mediante correo electrónico. (fls 4-18)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, y la solicitud realizada a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES con sus respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones denominadas prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la genérica. (Fls 58-63 y subsanación fls. 74-80)

PORVENIR S.A propuso las excepciones denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (Fls 100-105)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de junio de 2020 proferida por el Juzgado doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar la ineficacia del traslado de la relación jurídica del demandante al RAIS celebrada en su momento con PORVENIR S.A. del día 23 de agosto de 1994, por razones anotadas en la presente instancia; condenar a PORVENIR S.A. a realizar el traslado del RPMPD, tanto de la relación jurídica de afiliación, como el valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante; absolver a la demandadas de las demás suplicas de la demanda; declarar no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR S.A y COLPENSIONES; sin condena en costas, en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se le absuelva de las pretensiones ya que con el interrogatorio de parte rendido por el demandante se demuestra que no hubo la existencia de un vicio al momento del traslado de régimen pensional pues aceptó que no recibió presión alguna, que lo realizó de manera voluntaria y que en tal medida firmó el formulario, además, que la nulidad de traslado es una situación completamente diferente a la ineficacia del traslado, por lo que debió probarse, si quiera de manera parcial, que existió un vicio en el consentimiento, lo que no se encuentra acreditado toda vez que este es un negocio jurídico que tiene objeto lícito, causa lícita y que se ve la capacidad que tenía en su momento el señor demandante y tampoco hubo error, fuerza y/o dolo, así mismo, no es beneficiario del régimen de transición y por tanto no había una situación pensional que hubiese que protegerse, cumpliendo entonces con el deber de información, contando con la posibilidad de retornar al régimen de PMPD en atención a lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 797 del año 2003 y de acuerdo a lo manifestado en el decreto 3800 del año 2003, según se le informó con la publicación en un diario de amplia circulación sin que él manifestara su deseo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no es nulo el contrato de afiliación ya que no hubo ningún vicio en el consentimiento, y este formulario se firmó de manera libre, voluntaria y consiente, es decir que los asesores de PORVENIR S.A le manifestaron a la parte demandante de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía la misma, recalcando que no se condene en gastos de

administración y sumas previsionales porque esto resulta improcedente puesto que la AFP ya ha pagado esas sumas en seguros que está obligada a contratar, es decir que estas cantidades de dinero ya no están en el poder de PORVENIR. Por su parte, el demandante, solicita que se confirme la decisión en primera instancia ya que se encuentra ajustada a derecho y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa legítima de pensión, **iii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por el demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iv)** si la eventual nulidad quedó saneada por la publicidad en un diario de amplia circulación, y **v)** si lo procedente era declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad por ser situaciones distintas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste**

que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no***

simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a

los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 108 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A, diligenciado el 23 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1° de septiembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 109, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente recibió interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que el traslado fue en agosto de 1994, fue individual, se acercaron los asesores de PORVENIR S.A a la oficina indicándole que su pensión estaba en riesgo y por eso fue que firmó el formulario, que sus ahorros estaban en riesgo y que pensión podía ser heredable, si firmó el formulario de manera voluntaria no tenía pleno conocimiento de lo que estaba firmando, sin pedir información posterior, le llegaban los extractos y confiaba lo que le decía el fondo sobre el monto de su mesada.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor VICTOR JULIO CARDOZO CARDOZO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que

necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En la misma orientación, frente a los reparos que eleva la parte recurrente respecto a los presuntos yerros cometidos en primera instancia al tratarse la ineficacia y la nulidad de situaciones distintas, así como al ordenar trasladar los gastos de administración como consecuencia de dicha declaratoria, debe indicarse que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, para efectos prácticos, las consecuencias de ambas figuras jurídicas son las mismas.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el *sub examine* se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento

administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil,

Bajo tal entendido, aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993¹, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se ordena devolver, por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (CSJ SC3201-2018).*

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones

¹ “El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto”

que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Por lo tanto, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, es procedente el traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES, como quiera que sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 13 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1º de septiembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la publicidad realizada en el diario de amplia circulación tampoco genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios

hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A ante el resultado desfavorable de su recurso. La absolución de primera instancia se confirma.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

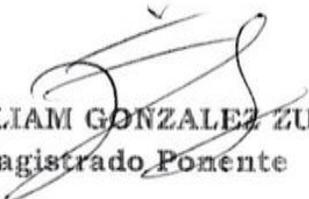
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por VICTOR JULIO CARDOZO CARDOZO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

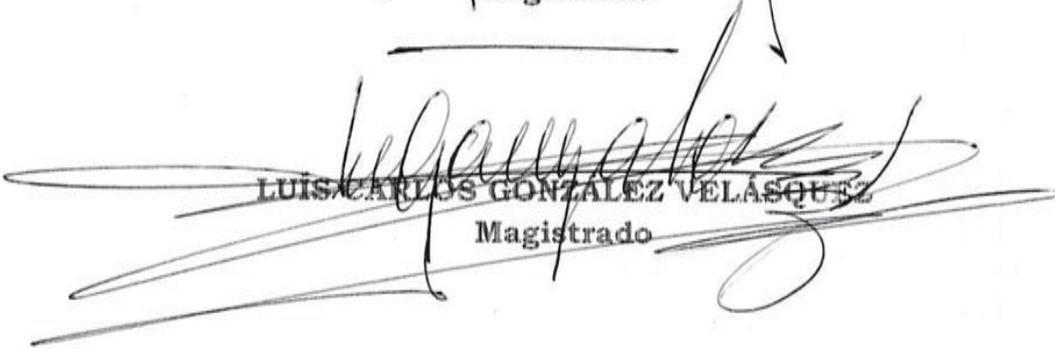
SEGUNDO: CONDENA en costas de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000oo en favor de la parte actora. La absolución de primera instancia se confirma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105015201900216-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARÍA DEL PILAR PUENTES TUTASAURA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA y como apoderada sustituta ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 168 vto -171.

ANTECEDENTES

MARÍA DEL PILAR PUENTES TUTASAURA, pretende que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, dejando valida su afiliación con el ISS hoy COLPENSIONES; y en consecuencia se retrotraigan los efectos de la afiliación y en tal sentido se traslade a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiese

realizado; lo que resulte ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 20 de diciembre de 1960, que cumplió 57 años de edad en 2017, que desde el inicio de su vida laboral perteneció al RPMPD, que laboró en una entidad pública desde el 16 de mayo de 1989 hasta el 16 de noviembre de 1989, que se afilió al ISS el 19 de julio de 1994, que en el mes de febrero de 1995 se afilió a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, que la primera cotización fue en marzo de 1995, que tanto en el trámite inicial como en el transcurso de la vinculación no recibió ninguna asesoría respecto a las condiciones pensionales y solo se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener; que ha cotizado al RAIS más de 1.197 semanas las que sumadas a las cotizadas en el RPMPD arroja más de 1.300, que de haber permanecido en dicho régimen el porcentaje para calcular su IBL sería del 61%; y que solicitó la anulación de su afiliación ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES siendo negadas por las mismas. (Fls. 2-14)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, el tiempo de servicios en el sector público, su afiliación al ISS y a PROTECCIÓN y las peticiones elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, y la genérica. (fls 55-60)

PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica (fls 83-96)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de febrero de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar nula o inválida la afiliación de la demandante del RPMPD al RAIS el día 25 de febrero de 1995 a través de la administradora DAVIVIR hoy representada por PROTECCIÓN y como consecuencia de lo anterior, ordenar a este fondo PROTECCIÓN a trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro

individual de la señora demandante a COLPENSIONES y a ésta última administradora que reactive la afiliación de aquella y acredite como semanas efectivamente cotizadas ante el RPMPD dichos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, teniendo en cuenta la nulidad e ineficacia que se ha declarado; sin condena en costas para las partes. (Fls 152-155)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, toda vez que se están aplicando las consideraciones de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en donde manifiesta que quien tiene la carga legal y procesal de haber brindado la información de manera clara y concreta es el fondo de pensiones, siendo que la ineficacia del régimen pensional goza del carácter de imprescriptible. Por su parte, COLPENSIONES insistió en que la afiliación al RAIS goza de plena validez, al cumplir con los requisitos legales, no evidenciándose un vicio del consentimiento, por lo que no se configuran los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el

afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al

momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**”* (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado***

el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 97 consta el formulario de afiliación diligenciado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 22 de febrero de 1995 cuya efectividad se produjo en la misma fecha según consta en el certificado expedido por Asofondos obrante a folio 98, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a PROTECCIÓN S.A., en razón a que el asesor la visitó en su trabajo informándole que el ISS iba a terminar, además, que su pensión en el fondo sería mejor debido a la rentabilidad, formulario que no diligenció en su integridad y por ello no comprendió sus consecuencias ya que sólo le informaron los beneficios, sin que con posterioridad a la suscripción del mismo solicitara asesoría y pese a que no ha solicitado pensión, en febrero de 2017, EPS SURA S.A. brindó a su personal una asesoría jurídica de pre-pensionados en donde les indicaron por medio de una proyección la diferencia en los montos pensionales que recibirían en cada régimen, comprendiendo la desigualdad de los montos entre los dos regímenes.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado por su antecesora era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARÍA DEL PILAR PUENTES TUTASAURA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN S.A antes DAVIVIR el 22 de febrero de 1995 cuya efectividad se produjo en la misma fecha se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

En la misma orientación, resulta acertada la orden de trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta individual de la demandante a COLPENSIONES como consecuencia de dicha declaratoria, en la medida que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del

traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. La absolución de primera se confirma.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA DEL PILAR PUENTES TUTASAURA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

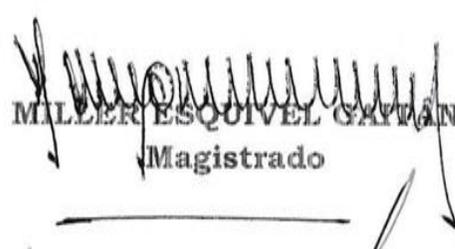
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. La absolución de primera instancia se confirma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

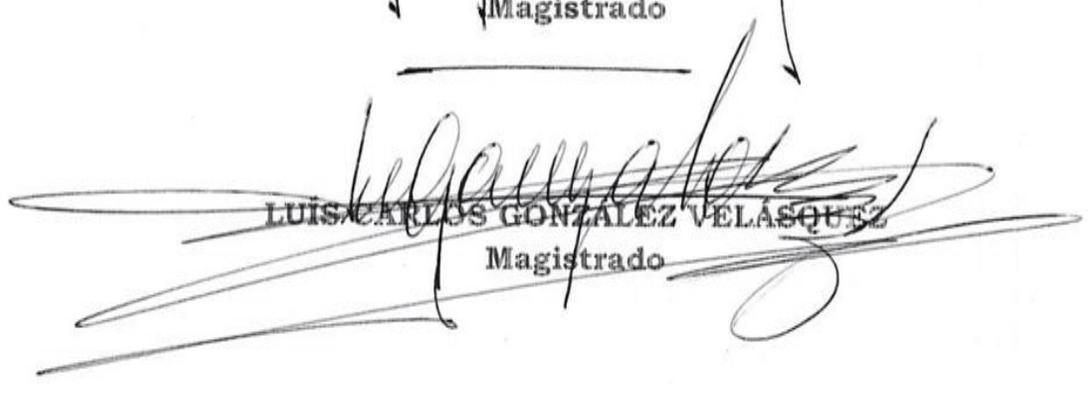
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105015201900037-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARTHA ELENA SOTO GOMEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS Y AFP PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. María Camila bedoya García y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES en los términos y para los efectos de los poderes de folios 115 vto y ss.

ANTECEDENTES

MARTHA ELENA SOTO GOMEZ, pretende que se declare la nulidad del traslado inicial dejando sin efectos la afiliación a Porvenir S.A., y en consecuencia se ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todos los saldos, aportes o cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y todas y cada una de las sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses, y en general, todos los valores que hubiere recibido con motivo

de la afiliación de la demandante, debiendo COLPENSIONES aceptar el traslado en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 27 de septiembre de 1960, desde el 24 de enero de 1984 estuvo afiliada al RPMPD cotizando un total de 179.71 semanas, el 1° de febrero de 1999 se afilió a PORVENIR S.A, el 31 de enero de 2003 se trasladó a Colfondos S.A., fondo éste último al que el 8 de mayo de 2009 solicitó el traslado a COLPENSIONES, quien se lo negó al encontrarse a menos de 10 años para pensionarse, PORVENIR S.A también le negó la nulidad del traslado, además que no le brindó la información del capital necesario para pensionarse, las consecuencias de dicho traslado, que el valor de la pensión dependía de la modalidad de retiro programado, que el monto de la pensión estaba sujeto a los rendimientos del capital, que el IBL en el RPMPD se calculaba con el promedio de los últimos 10 años de cotización mientras que en el RAIS dependía del monto ahorrado, entre otros aspectos, no suministrando la información de manera clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes, en especial no hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente de los beneficios que podría obtenerse al cambiarse de régimen pensional. (fls 3-14)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a PORVENIR y COLFONDOS donde actualmente se encuentra y las peticiones elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 58-63)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la genérica (fls 68-82)

PORVENIR S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS planteó las excepciones prescripción, falta de

causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 110-122)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de febrero de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: Declarar nula o inválida la afiliación efectuada por la demandante el día 31 de diciembre de 1998, con efectos a partir del 1° de febrero de 1999 del RPMPD administrado por el ISS al RAIS a través de PORVENIR, y como consecuencia declarar nulo e inválido el traslado horizontal efectuado de PORVENIR a COLFONDOS el día 31 de enero de 2003; ordenar a COLFONDOS por ser al cual se encuentra actualmente afiliada, a trasladar los recursos y sumas que obren cuenta de ahorro individual al RPMPD a través de COLPENSIONES quien deberá recibir nuevamente la afiliación de la demandante, y acredite como semanas efectivamente cotizadas ante el RPMPD estos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiere trasladado del RPMPD al RAIS; declarar no demostradas las excepciones propuestas por las demandas y, no condenar en costas a ninguna de las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante, señora MARTHA ELENA SOTO GÁMEZ, insistió en que el fondo no probó que le proporcionó la información adecuada y veraz al momento de aceptar el traslado de régimen. Por su parte COLPENSIONES, solicito la revocatoria de la sentencia ya que en ningún momento se observó vicio de consentimiento en el momento en que se le brindo la información a la demandante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso

derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsa del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la

obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 124 consta formulario de afiliación a PORVENIR S.A., diligenciado el 31 de diciembre de 1998, con fecha de efectividad a partir de 1 de febrero de 1999 según consta en el certificado expedido por ASOFONDOS de folio 125 así como en el expedido por COLPENSIONES de folio 17 y el de Porvenir de folios 22 y 123, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación al RAIS

y traslado a COLFONDOS debido a que una asesora de PORVENIR la llamaba constantemente cuando trabajaba en el Hospital de Usaquén, informándole los beneficios de afiliación como los intereses que generaban el bono pensional, que podía pensionarse antes de tiempo y que la pensión era heredable, sin que con posterioridad a la suscripción del mismo solicitara asesoría y, pese a que no ha solicitado pensión cuando se acercó a indagar a COLFONDOS fue informada en 2018 que la misma sería de \$1.000.000.00. Por su parte, las testigos MARÍA AMELIA CARVAJAL BERMUDEZ y ASTRID ORLANDA CAÑAS PERALTA compañeras de trabajo de la actora en el Hospital de Usaquén desde hace 20 y 25 años, respectivamente, y por ello saben que varios fondos privados (Horizonte, Porvenir, Colfondos) fueron a su sede de trabajo a asesorarlas coincidiendo en que informarles

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARTHA ELENA SOTO GAMEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la

afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 31 de diciembre de 1998 con efectividad el 1 de febrero del año 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

Sobre la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, sanee la nulidad de la afiliación inicial, han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

En la misma orientación, resulta acertada la orden de trasladar los recursos y las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual como quiera que sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. La absolución de primera se confirma.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

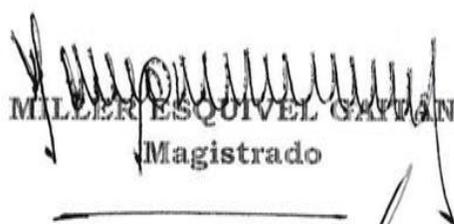
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARTHA ELENA SOTO GAMEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

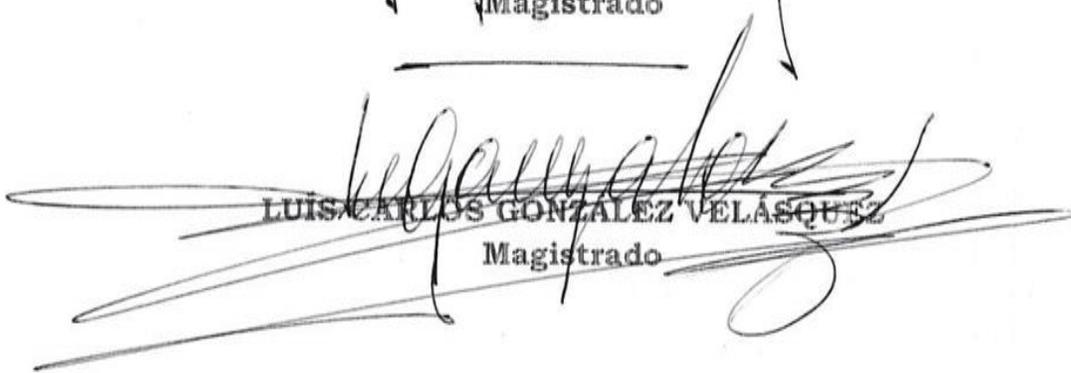
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. La absolución de primera instancia se confirma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105005201900002-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **ROCÍO DEL CARMEN MARRUGO PEREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de PORVENIR S.A a la Dra. ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ conforme certificado de existencia y representación legal y escritura pública de folios 8 vto a 22 vto. Así mismo se reconoce personería a la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. JHON FERNEY PATIÑO HERNANDEZ en los términos y para los efectos de los poderes de folios 26 a 30.

ANTECEDENTES

ROCIO DEL CARMEN MARRUGO PÉREZ, para que previa declaratoria de la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS realizado desde el extinto ISS hoy

sustituido por COLPENSIONES hacia la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; que para todos los efectos se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES y; que cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez del sistema general de pensiones como beneficiaria del régimen de transición estipulado por el art. 36 de la ley 100/1993; se condene a la administradora de fondo de pensiones del RAIS a trasladar el valor total de los aportes realizados junto con todos los rendimientos causados, el valor total del bono pensional y todas las sumas adicionales con sus respectivos intereses a COLPENSIONES, se condene a esta última entidad a computar los tiempos cotizados en el RAIS en la historia laboral, completos y sin inconsistencias respetando los IBC reportados por las AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A y a reconocer y pagar la pensión de vejez que tiene derecho a partir del 3 de agosto de 2013, lo que resulte ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho. Como pretensiones subsidiarias solicita que en caso de que no se acceda al reconocimiento como beneficiaria del régimen de transición se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 3 de agosto de 2003 fecha en la cual acreditó los requisitos de edad y tiempo a la luz de la ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 3 de agosto de 1958, estuvo afiliada al RPMPD desde el 17 de enero de 1986 hasta el 31 de octubre de 1998 administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al momento de trasladarse al RAIS contaba con 624.43 semanas cotizadas al sistema de la seguridad social y 42 años cumplidos, para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años cumplidos y para la entrada en vigencia del acto legislativo contaba con más de 750 semanas cotizadas por lo que era beneficiaria del régimen de transición, se trasladó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS con efectividad del mes de diciembre de 1998, venía reportando un IBC promedio de \$1.743.000 pesos el cual estaba por encima del SMLMV del año 1998, el asesor de esta AFP le manifestó que el ISS desaparecería insinuando que su pensión estaba en riesgo de perderse y asegurando que de trasladarse al RAIS tendría la oportunidad de pensionarse con menos edad y con una mejor mesada pensional, pero no le informo que el monto de su mesada pensional sería inferior en menos de un 40% a la que devengaría en el RPMPD, tampoco le mencionó sobre su derecho de retracto, ni sobre las diferencias entre ambos regímenes, entre otros aspectos, el 11 de febrero de 2014 se trasladó a PORVENIR S.A para ese entonces su IBC era de \$6.195.000 cotización que era superior al SMLMV para el año 2014, dichas entidades omitieron el deber de información, para el año 2018 recibió asesoría con el fin de solicitar información sobre el reconocimiento pensional por vejez obteniendo una pensión vitalicia de vejez de 1.600.000 aproximadamente siempre y cuando continuara cotizando hasta cumplir los 60 años, resultando contradictorio las expectativas de mejor pensión ofrecidas en principio por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a PORVENIR S.A y COLPENSIONES siéndole negada por esta última, a la fecha ha cotizado 1637 semanas. (Fls 4-14 Subsan 70-71)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actora, sus afiliaciones al RPMPD y al RAIS, su asesoría en septiembre de 2018, semanas cotizadas y las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fls 114-126 Sub 171).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS: propuso las excepciones que denominó como: falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Fls 142- 162)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls 202-220)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: Declarar la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS realizado por ROCÍO DEL CARMEN MARRUGO PÉREZ a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.; Ordenar a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral, orden que deberá ser cumplida dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia; Condenar a COLPENSIONES a reconocer una pensión de vejez a favor de la señora ROCÍO DEL CARMEN MARRUGO PÉREZ, para lo cual deberá tener en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. COLPENSIONES deberá aplicar la norma más favorable para el reconocimiento de la prestación, será pagada a partir del día en que la actora se desafilie del sistema y se tendrá en cuenta para su liquidación, hasta la última semana cotizada, condena

que deberá cumplirse dentro de los 4 meses siguientes a que PORVENIR S.A. cumpla la orden contenida en el numeral anterior; y, declarar no probadas las excepciones propuestas, costas a cargo de COLFONDOS S.A incluyó como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia COLPENSIONES y PORVENIR S.A interpusieron recursos de apelación con el fin de que se revoque de forma integral la sentencia de primera instancia, los cuales sustentaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES, para que no se le reconozca la pensión de vejez a la demandante toda vez que es una petición anticipada, ya que primero debe de agotar la reclamación administrativa cuando se cuente con los aportes devueltos por la AFP, así mismo se debe manifestar que al no encontrarse todavía afiliada y vinculada al RPMPD carece de legitimación por pasiva para reconocerle la pensión de vejez deprecada, máxime porque se encuentra vinculada al RAIS.

PORVENIR S.A., En cuanto considera que se coloca en una difícil situación a los fondos privados sobre la inversión de la carga de la prueba teniendo en cuenta que para el momento de la afiliación no existía obligación de guardar soporte de la información otorgada y esto no en relación con la inexistencia del deber de información, sino por el contrario, no existía obligación a dejar soporte así que no hay forma en que se logre probar dicho supuesto, asimismo la demandante sí dijo conocer algunas de las características del RAIS tales como el hecho de una cuenta individual, generaciones de unos aspectos económicos, la existencia de evolución de saldos ante el fallecimiento del afiliado y demás condiciones, además que se viola el principio de los actos propios pues no solamente se trasladó de régimen pensional sino que adicionalmente dentro del mismo realizó diferentes traslados horizontales entre las mismas AFP lo que lleva a una convalidación de su intención de pertenecer al régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES insistieron en que se revoque el fallo de primera instancia, argumentando que no existió nulidad frente al traslado de régimen debido a que tiene completa validez en la medida en que se dio toda la información completa, y la demandante firmó de manera libre el formulario sin contar que de ello han transcurrido 15 años, resaltando COLPENSIONES en que al momento de recibir el traslado se ve afectado ya que la pensión será financiada por las personas que sí han permanecido en el régimen y han contribuido al régimen común. Finalmente, la demandante, señora ROCIO DEL CARMEN MARRUGO PÉREZ, solicita que

se confirme la decisión en primera instancia ratificando que la afiliación fue ineficaz y reiterando el traslado al régimen RPMPD.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si era presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con el beneficio del régimen de transición, **iii)** si la permanencia en el RAIS y el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si su interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, y **v)** se verificará si la orden dada a COLPENSIONES de reconocimiento y pago de la pensión de vejez se encuentra ajustada a derecho. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias

entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben

demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 168 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 3 de noviembre de 1998, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también y se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 167). De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que en el año 1998 llegaron a su trabajo las empresas de fondos de pensiones a charlar invitados por los de recursos humanos y les hicieron una reunión general habían entre 20-30 personas, hablaban de los beneficios que tienen al trasladarse, luego si estaba interesado pedía la palabra y lo atendían de manera particular entre 10-15 minutos, siempre corroborando que era mejor trasladarse que estar en el ISS, no le preguntaron sobre su historia laboral, ni sobre si era o no beneficiaria al régimen de transición, tampoco sobre el derecho de retracto, pero si le dijo que iba a tener una cuenta individual, que esa cuenta era muy rentable, que se podía heredar, que se podía jubilar antes de la edad, que el ISS se iba acabar, luego ese mismo día diligenciaron el formulario, ella lo firmó de manera libre y voluntaria, a lo largo de esto hizo un traslado a PORVENIR S.A siempre con las mismas condiciones de mejorar, luego realizó varios traslados horizontales siempre iban a la compañía y lo que la motivaba a trasladarse era que le decía que era mucho más rentable, que estaban en el primer lugar, que habían tenido buenos dividendos y era muy sólida la empresa, si le llegaban los extractos pero no los entendía, no fue a ninguna oficina de las AFP o del ISS.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se

le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ROCÍO DEL CARMEN MARRUGO PEREZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 3 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 1º de enero de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció respecto de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La*

administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DE LA DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Como quiera que el A quo, con ocasión a la declaratoria de validez de la selección y traslado de régimen pensional, accedió en el ordinal tercero del fallo atacado al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora ROCÍO DEL CARMEN MARRUGO PÉREZ a cargo de COLPENSIONES, siendo tal condena el principal reproche de dicha entidad en su recurso de apelación, habrá de revocarse la referida condena en la medida que si bien es cierto por virtud del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar COLFONDOS S.A PENSIONES CESANTIAS en la medida que es con sujeción a ellos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES sin contar aún con dichos recursos implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de las valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

Se confirma la sentencia objeto de alzada en todo lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes y en favor de la parte actora ante la prosperidad de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ROCIO DEL CARMEN MARRUGO PEREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

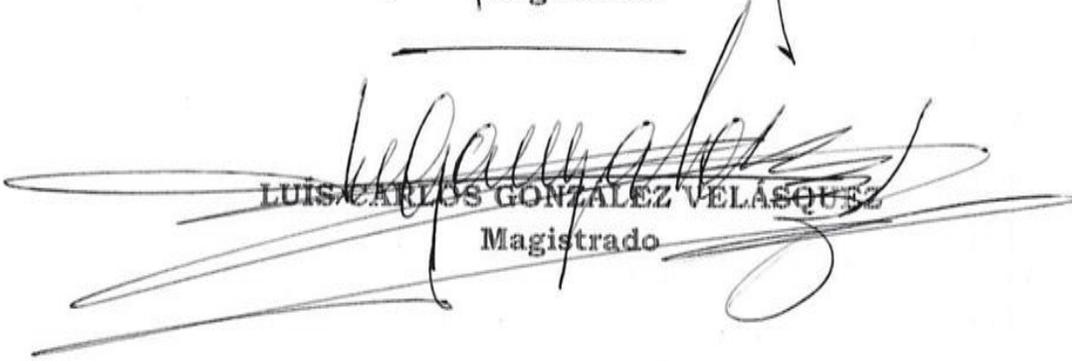
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105037201800594-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: INTERESES MORATORIOS ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES (LEY 71/1998). VALORACIÓN PROBATORIA.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **VICENTE CEBALLOS MARÍN** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO identificada con la C.C No. 1.144.041.976 de Cali y T.P No. 258.258 del CSJ, y a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 303.924 del CSJ como apoderada sustituta en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 97 a 100.

ANTECEDENTES

VICENTE CEBALLOS MARIN promueve demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en procura de que obtener el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados entre el 16 de octubre de 2010 y el 1° de diciembre de 2016; la indexación y las costas del proceso.

Como sustento material de sus pretensiones señaló, en síntesis, que nació el 6 de septiembre de 1949, cumplió los 60 años de edad en el 2009, el 16 de junio de 2010 solicitó al ISS el pago de la pensión de vejez, convenio Colombia – España, la cual le fue reconocida a partir del 6 de septiembre de 2009 tan sólo mediante la Resolución GNR 323699 del 29 de octubre de 2016, sin reconocer en la misma los intereses moratorios, el 12 de junio de 2018, agotó la reclamación administrativa siéndole negados los intereses en la Resolución SUB 186520 del 13 de julio de ese año. (fls 2-5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demanda, COLPENSIONES dio contestación con escrito de folios 33 a 42 donde se opuso a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos negando los relacionados con el derecho al reconocimiento y pago de los intereses de mora; y propuso las excepciones de prescripción, no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios, no configuración al pago de indexación, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, genérica y no pago de costas en instituciones de la seguridad social de orden público.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 4 de junio de 2019 resolvió, absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte actora, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada y en su lugar se acceda al pago de los intereses moratorios, toda vez que

desde el año 2009 ya había informado del Convenio Colombia – España y del bono pensional al ISS, siendo que el reconocimiento tardío de la pensión se dio por el desorden que dicho Instituto tenía de los archivos, sin que ninguno de los funcionarios judiciales que conocieron del proceso anterior y de éste se hubieran dado a la tarea de pedir dicho expediente –no el de Colpensiones- sino el del ISS, que se había podido constatar con fichas filmicas, de ahí que la prestación reconocida finalmente en el año 2016 lo fue con base en los documentos que se habían radicado desde el año 2009 (tiempo de servicio en España y bono pensional del Ministerio de Defensa por servicio militar), y por ello concedió el retroactivo desde el año 2009 sin aplicarle prescripción, precisamente porque se dio cuenta de todo el trámite que se desplegó en esa época, teniendo así derecho al reconocimiento de los intereses moratorios. En suma, esa función acuciosa no la cumplió ninguno de los juzgados faltando el expediente administrativo

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la confirmación de la sentencia absolutoria porque los intereses moratorios proceden únicamente a partir de la fecha en que se expidió el acto administrativo mediante el cual se ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas pensionales siempre y cuando no se haga efectivo el respectivo pago a través de nómina y aquí no se presentó mora.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala estudiara si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, como lo aduce la censura, o si por el contrario, no hay lugar a ellos por ser una pensión de jubilación concedida a la luz del art 7° de la Ley 71/88.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es objeto de controversia en la alzada la calidad de pensionado del demandante a quien COLPENSIONES, mediante la Resolución GNR 323699 del 29 de octubre de 2016, le reconoció pensión de jubilación

por aportes a partir del 6 de septiembre de 2009, en cuantía inicial de \$574.562, bajo los parámetros de la ley 71/88, donde ordenó el pago del retroactivo causado hasta el 31 de octubre de 2016, el cual se incluyó en nómina en noviembre de ese año, lo cual fue aceptado expresamente por la demandada al dar contestación a la demanda y se corrobora con la aludida resolución que obra de folios 6 a 20 del expediente.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Enseña el artículo 141 de la ley 100 de 1993:

“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”

El ordenamiento en cita prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma, según lo ha explicado dicha Corporación, entre otras, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹

En el presente asunto, el fallador de primera instancia fincó la decisión absolutoria de los intereses moratorios en el hecho de que no fue con ocasión de las distintas solicitudes elevadas por el actor desde el 10 de

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

junio de 2010, ni con la demanda que presentó con antelación a este proceso, donde solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al amparo de Acuerdo 049 de 1990 y teniendo en cuenta el convenio Colombia -España (en todos esos casos obteniendo decisión desfavorable a sus intereses), que se le reconoció la pensión, sino que tal otorgamiento por parte de COLPENSIONES tan sólo se produjo luego de la corrección de la historia laboral solicitada por el afiliado cuando aportó la certificación expedida por el Ministerio de Defensa Nacional en la que constaba el tiempo de servicio militar, esto es, fue con ocasión de esta última información que se le permitió el computo de ese período para completar la densidad de semanas requeridas en la ley 71 de 1988, y sólo una vez acreditado tal presupuesto de servicios (1.038 semanas) se accedió a su prestación pensional, no presentándose por ese motivo una tardanza injustificada en el reconocimiento y pago de su pensión.

De tal suerte, como quiera que el reproche principal lo dirige la censura a la indebida valoración probatoria realizada por el Juez que lo condujo a no tener por demostrado que desde el año 2009, había radicado con su solicitud inicial todos los documentos necesarios para el otorgamiento de la pensión, puesto que dicho funcionario ni siquiera se dio a la tarea de solicitar el expediente administrativo que poseía el ISS – no Colpensiones-, al cual se podía acceder a través de fichas filmicas donde constaba tal circunstancia y que permitiría el reconocimiento de los intereses desde el mismo momento de la causación de la pensión por no haberse concedido la misma oportunamente, es por lo que la Sala estima conveniente hacer las siguientes precisiones.

Pues bien, en cuanto al tema de la prueba, oportuno se muestra recordar que en sentido estricto, se considera como prueba al instrumento al cual acuden las partes para demostrar la verdad de sus afirmaciones, y que es utilizado por el Juez para decidir sobre la verdad de los enunciados fácticos puestos a su consideración. Con respecto a la decisión judicial, la función de la prueba es suministrar los elementos de juicio requeridos para establecer si los enunciados fácticos aducidos corresponden a la realidad de los hechos relevantes para el proceso. Así, un enunciado fáctico se considera verdadero si es confirmado por pruebas; se considera falso si las pruebas lo refutan; y se considera no probado si en el proceso no se cuenta con las pruebas suficientes para la demostración de su verdad o falsedad (Taruffo 2006:267-268)²

Sobre la carga de la prueba se ha pronunciado la H Corte Suprema de Justicia al sostener que:

"Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: onus probandi incumbit actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los

² ESCUELA JUDICIAL, Rodrigo Lara Bonilla. Prueba judicial, 1ª edic, Bogotá, pag 30-31.

más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

“ Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir la doctrina en tres principios jurídicos fundamentales : “ Onus Probandi Incumbit Actori ”, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; “ Res In Excipiendo, Fit Actor ”, el demandado cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa y “Actore non probande, res absolvitur”, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción.

Los anteriores principios están regidos en la legislación sustancial (C.C. art. 1757) y procesal civil colombiana (C,P,C., art.. 177) y responden principalmente a la exigencia de una persona que afirma algo de justificar lo afirmado con el fin de persuadir a otros sobre su verdad.

Las reglas generales de la carga de la prueba admiten excepciones si se trata de hechos indefinidos o si el hecho objeto de la prueba está respaldado por presunciones legales o de derecho.

En el primer evento, se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba por la parte que los aduce , las negaciones o negaciones indefinidas no envuelven proposiciones que pueden ser determinadas por circunstancias de modo, tiempo o lugar, la imposibilidad lógica de probar un evento o un suceso indefinido, bien sea positivo o negativo radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar, Ello no sucede cuando se trata de negaciones que implican una o varias afirmaciones contrarias , de cuya no está eximida la parte que las aduce, A este respecto establece el inciso 2 del artículo 177 del C.P.C. “ Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

La dispensa de la prueba se opera igualmente por la existencia de presunciones legales o de hecho, aunque de forma relativa. A la persona o sujeto procesal favorecido por la presunción sólo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento . Corrientemente la presunción conlleva el desplazamiento de la carga de la prueba a la parte contraria, salvo cuando se trata de presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario.

Las excepciones al principio general de “ quien alega prueba ” obedecen corrientemente a circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o la falsedad de ciertos hechos. En estos casos, el traslado o la inversión de la carga de la prueba hace que el adversario de la parte favorecida con la presunción que funda su pretensión en hechos indefinidos es quien debe desvirtuarlos, En uno y otro evento el reparto de la carga probatoria obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hace más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona” (sentencia 25 de enero de 1993 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral).

En suma, resulta infundado el reproche efectuado por el apoderado de la parte actora cuando sostiene que era el Juez de Conocimiento a quien

le competía solicitar el expediente administrativo con el que contaba el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para determinar que desde el año 2009, el señor VICENTE CEBALLOS MARIN había presentado a plenitud los documentos con los que acreditaba el requisito de densidad de semanas cotizadas, incluido el tiempo de servicio militar, conformándose simplemente con el expediente allegado por COLPENSIONES en el que tal información no constaba; puesto que era esa parte como directa interesada quien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPTSS, debía haber realizado tal demostración, bien aportando el referido expediente o solicitando que se allegara en los términos por él indicados, esto es, a través de fichas filmicas, lo cual no hizo, incumpliendo así con su carga probatoria, la que de ningún modo puede atribuir al funcionario judicial cuya facultad oficiosa prevista en el artículo 54 del CPTSS no suple su incuria, como de antaño lo tiene dicho la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral al señalar: *“Pero las facultades y deberes que tienen los funcionarios de las instancias en materia de práctica de pruebas no llegan ni pueden llegar en ningún caso a desplazar la iniciativa de los litigantes ni a reemplazar las tareas procesales que a cada ellos les incumbe. Al demandante, demostrar los hechos fundamentales de su acción. Al demandado, acreditar aquellos en que base su defensa. El desinterés o la incuria de cualquiera de las partes en aducir sus pruebas no pueden razonablemente ser suplidos por el Juez con el pretexto de inquirir la verdad real sobre las materias controvertidas, porque la actuación de éste debe ser imparcial en todo tiempo, y sus poderes oficiosos se limitan a esclarecer puntos oscuros o de duda que se presenten en el juicio. Debe pues aclarar lo que parece verdadero en principio y no investigar la fuente misma de la verdad, como si se tratase de asunto criminal.”*³

Lo anterior porque fue la propia parte actora la que delimitó las pruebas que presentaba así como las que quería que aportara COLPENSIONES dentro de este proceso, no advirtiendo la Sala documento o cualquier otro medio obrante en el informativo que demuestre que para el momento de la solicitud pensional elevada el 16 de junio de 2010, o las siguientes, el promotor de esta actuación presentó con las mismas los documentos que daban cuenta del cumplimiento del requisito de semanas cotizadas y/o tiempo de servicios para acceder a su pensión, en particular el tiempo trabajado en las Fuerzas Militares (que fue el que en últimas le permitió el otorgamiento de la pensión cuyos intereses moratorios hoy reclama por el presunto pago tardío), siendo que según la manifestación por él realizada en el documento dirigido a la Personería de Bogotá, que obra de folios 73 a 78, admitió que la solicitud del bono pensional la radicó tan sólo en el año 2016, es así como en lo pertinente se lee: *“PRETENSIONES DESPUES DE MÁS DE CINCO AÑOS DE RADICACIÓN DE DOCUMENTOS SIN RESPUESTA DE*

³ (CSJ Cas Lab, sent enero 29/79)

COLPENSIONES 1) se contabilice el tiempo trabajado en fuerzas militares conforme bono pensional radicado **2016-84107**".

A su vez, de acuerdo al certificado expedido por el Ministerio de Defensa que milita de folios 82 a 87 comunicado tanto a COLPENSIONES como al demandante (fls 79 y 80), se tiene por establecido que ese documento fue expedido por dicha entidad el 22 de diciembre de 2015, sin que por tanto se evidencie en el plenario prueba de su expedición y radicación ante COLPENSIONES y/o el extinto ISS en fecha anterior al año 2016, y si ello es así, toda vez que el reconocimiento pensional con ocasión de la inclusión de dicho documento se produjo dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud que se realizó el 23 de agosto de 2016 (la Resolución es del 29 de octubre de 2016) con ingreso en nómina 2016/11, por supuesto que no hubo tardanza en dicho reconocimiento que amerite, sobre esa base, el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Así las cosas, es clara la razón por la que ha de confirmarse en su integridad el fallo recurrido, máxime cuando ninguna incidencia presenta frente al reclamo de los intereses moratorios aquí solicitados el hecho de que el reconocimiento pensional se hubiese realizado de manera retroactiva desde el momento de su causación, ya que una cosa es la fecha en la que el demandante eleva la solicitud pensional allegando todos los documentos necesarios y otra muy distinta en la que se consolidó su derecho.

Últimamente, habida cuenta que el reconocimiento pensional se muestra oportuno, por supuesto no hay lugar a pronunciamiento sobre la efectiva procedencia de los intereses moratorios respecto de pensiones legales⁴, como la aquí concedida a la luz de la Ley 71 de 1988.

COSTAS

Dado el resultado del recurso correrán a cargo de la parte actora. Las de primera instancia se confirman

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁴ CSJ SL 1681.2020 Radicación 75127 del 3 de junio de 2020, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. *"1. El pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho de todos los pensionados, sin importar el tipo de pensión legal adquirida"*

RESUELVE

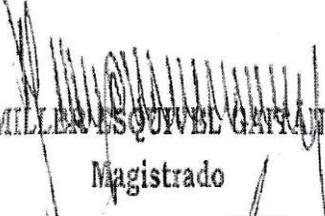
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el 4 de junio de 2019, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

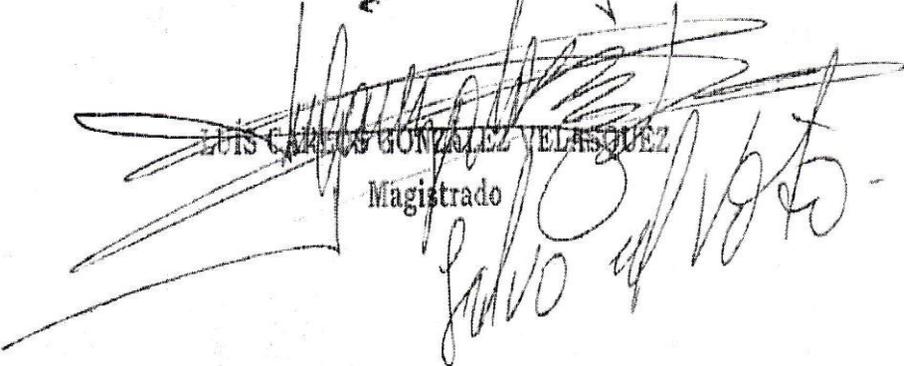
SEGUNDO: COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, incluyendo en ellas la suma de \$500.000 como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILENA ESQUIVEL GAVRAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado